Maktaba Tul Ishaat.com

سلسلة التحقيقات العلمية (٤٠) إصداراتنا الرقمية (١٠٢)

الاختيار لتعليل المختار

للإمام الفقيه المحدث

عبد الله بن محمود الموصلي الحنفي

ولد سنة (٥٩٩) هـ وتوفي سنة (٦٨٣) هـ

ومعه

تحفة الأخيار على الاختيار لتعليل المختار

للأستاذ الدكتور صلاح محمد أبو الحاج

عميد كلية الفقه الحنفي بجامعة العلوم الإسلامية العالمية

عمان - الأردن

الجزء الثالث

البيوع والشفعة والإجارة والرهن والقسمة
وأدب القاضي والحجر والمأذون والإكراه

مركز أنوار العلماء للدراسات

Maktaba Tul Ishaat

تمام فنون کے کتب ہمارے ویب سائٹ اور پلے سٹور سے فری ڈاون لوڈ کریں۔ ہم روزانہ کی بنیاد پر اس میں مزید نئے کتب شامل کر رہے ہیں نئے شامل شدہ کتب لیے روزانہ ہمارے پلے سٹور اور ویب سائٹ کو باقاعدگی سے چیک کیا کریں۔

اپنی کتاب کو ہمارے ویب سائٹ پر شائع کرنے کے لیے رابطہ کریں

تفاسیر	خطبات	منطق
احایث	سیرت	معانی
فقہ	تاریخ	تصوف
سوانح حیات	صرف	تقابل ادیان
درس نظامی	نحو	تجوید
لغت	فلسفہ	نعت
فتاوی	حکمت	تراجم
اصلاحی	بلاغت	تبلیغ و دعوت
آڈیو دروس	مناظرے	تمام فنون

maktaba.tul.ishaatofficial@gmail.com

Maktaba Tul Ishaat.com

تحفة الأخيار على...

... الاختيار لتعليل المختار

Maktaba Tul Ishaat.com

الطبعة الرقمية الأولى

١٤٤١ هـ - ٢٠٢٠ م

حقوق الطبع محفوظة

إصدار
مركز أنوار العلماء للدراسات
التابع
لرابطة علماء الحنفية العالمية
World League of Hanafi Scholars

جوال 00962781408764

البريد الإلكتروني anwar_center1995@yahoo.com

الدراسات المنشورة لا تعبر بالضرورة عن وجهة نظر الناشر

جميع الحقوق محفوظة للمؤلف لا يسمح بإعادة إصدار هذا الكتاب أو أي جزء منه
أو تخزينه في نطاق استعادة المعلومات أو نقله بأي شكل من الأشكال دون إذن خطي سابق من الناشر

Maktaba Tul Ishaat.com

الاختيار لتعليل المختار

للإمام الفقيه المحدث عبد الله بن محمود الموصلي الحنفيُّ

(ولد سنة ٥٩٩ ـ وتُوفي سنة ٦٨٣هـ)

ومعه

تحفة الأخيار على الاختيار لتعليل المختار

للأستاذ الدكتور صلاح محمد أبو الحاج

عميد كلية الفقه الحنفي بجامعة العلوم الإسلامية العالمية

عمان، الأردن

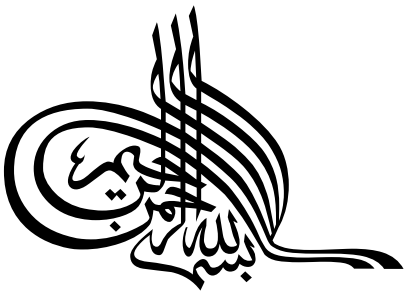
الجزء الثالث

البيوع والشفعة والإجارة والرهن والقسمة

وأدب القاضي والحجر والمأذون والإكراه

مركز أنوار العلماء للدراسات

Maktaba Tul Ishaat.com



Maktaba Tul Ishaat.com

كتاب البيوع

البيعُ في اللُّغة[١]: مُطْلَقُ المبُادلة، وكذلك الشِّراء، سَواء كانت في مال أو غيره، قال الله تبارك وتعالىٰ: {إِنَّ اللهَ اشْتَرَىٰ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُم}[التوبة: ١١١]، وقال تعالىٰ: {أُولَـئِكَ الَّذِينَ اشْتَرَوُاْ الضَّلاَلَةَ بِالْهُدَىٰ وَالْعَذَابَ بِالْمَغْفِرَةِ} [البقرة: ١٧٥].

وفي الشَّرع[٢]: مُبادلةُ المال[٣] المُتقوَّم بالمال المُتقوَّم تمليكاً وتملُّكاً، فإن وُجِد تمليك المال بالمنافع، فهو إجارةٌ أو نكاحٌ، وإن وُجِد مَجاناً، فهو هبةٌ.

---

(١) لغةً: من الأضداد، يُقال: باع الشَّيء إذا شراه أو اشتراه، ومنه الحديث: «لا يبع بعضكم علىٰ بيع أخيه» في صحيح ابن حبان ١١: ٣٣٩، والمسند المستخرج ٤: ٧٩، ومسند أحمد ٢: ٢١: أي لا يشتري علىٰ شراء أخيه...، كما في معجم مقاييس اللغة ١: ٣٢٧، والقاموس ٣: ٨.

(٢) اصطلاحاً: مبادلةُ مالٍ بمال، كما في الوقاية ص٤٩٩، وملتقىٰ الأبحر ٢: ٣، ولم يقل بالتَّراضي؛ ليتناول بيع المكرَه، فإنَّه منعقدٌ وإن لم يلزم، فيجوز للمكرَه أن يفسخه، كما في مجمع الأنهر ٢: ٣.

(٣) المال لغةً: من تموّل مالاً اتخذه قُنية، فهو ما ملكته من جميع الأشياء من دراهم أو دنانير أو ذهب أو فضة أو حنطة أو شعير أو خبز أو حيوان أو ثياب أو سلاح أو غير ذلك، كما في لسان العرب ٦: ٤٣٠٠، و المغرب ص٤٤٨-٤٤٩.

Maktaba Tul Ishaat.com

وهو عقدٌ مشروعٌ ثبتت شرعيّتُه بالكتاب والسُّنّة والمَعقول.

أمّا الكتاب؛ فقوله تعالى: {وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ} [البقرة: ٢٧٥]، وقال: {إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ} [النساء: ٢٩].

وأمّا السُّنّة؛ فلأنّه ﷺ بُعِث والنَّاس يَتَبايعون فأَقرَّهم عليه[1]، وقد باع ﷺ واشترى مباشرةً وتوكيلاً، وعلى شرعيتِه الإجماع.

والمَعقول: وهو أنّ الحاجةَ ماسّةٌ إلى شرعيَّته، فإنّ النَّاس محتاجون إلى الأعواض والسِّلع والطَّعام والشَّراب الذي في أيدي بعضِهم ولا طَريق لهم

والمال اصطلاحاً: المبذول المنتفع به؛ لأنَّه ما يميل إليه الطبع، ويُمكن ادخاره لوقت الحاجة منقولاً أو غير منقول، والماليةُ إنَّما ثبتت بتموّل النّاس كافّة أو بعضهم، وذلك بالصِّيانة والادخار لوقت الحاجة، ينظر: البحر الرائق ٥: ٢٧٧، ودرر الحكام ٢: ١٧٠.

وأما المال المتقوم اصطلاحاً: المبذول المنتفع به شرعاً.

وحاصلُه: أنَّ المالَ أعمّ من المتقوّم؛ لأنَّ المال ما يُمكن ادخاره ولو غير مباح: كالخمر، والمال المتقوّم ما يُمكن ادخاره مع الإباحة، فالخمرُ مالٌ لا متقوّم، فلذا فسد البيع بجعلها ثمناً، كما في المبسوط ٩: ١٥٣، ورد المحتار ٤: ٥٠١.

(١) فعن أبي بردة ﷺ قال: سئل رسول الله ﷺ أي الكسب أطيب أو أفضل؟ قال: «عمل الرَّجل بيده، وكلُّ بيع مبرور» في المستدرك ٢: ١٢، وسنن البيهقي الكبير ٥: ٢٦٣، ومصنف ابن أبي شيبة ٤: ٥٥٤، قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٤: ٦٠: رواه أحمد والبزار والطبراني في الكبير والأوسط، وفيه المسعودي وهو ثقة، ولكنَّه اختلط وبقية رجال أحمد رجال الصحيح.

Maktaba Tul Ishaat.com

إلا البَيع والشِّراء، فإن ما جُبِلتْ عليه الطِّباع من الشُّحِّ والضِّنَّة وحبِّ المال يمنعُهم من إخراجه بغير عوض، فاحتاجوا إلى المعاوضة، فوجب أن يُشرعَ دفعاً لحاجته.

وركنُه[1]: الإيجابُ والقَبول؛ لأنّهما يدلاّن على الرِّضا الذي تعلّق به الحكم،

وكذا ما كان في مَعناهما.

وشرطُه[2]: أَهليّةُ المُتعاقِدِين حتى لا يَنعقد من غير أهل.

---

(١) أي ركن البيع: الإيجاب والقبول الدالان على التّبادل، أو ما يقوم مقامهما من التعاطي، فهو التَّصرُّف الدّال على تبادل الملكين من قول أو فعل.

والإيجاب: لغةً: الإثبات، وسمي الإيجاب إيجاباً؛ لكون الموجب بإيجابه يثبت للآخر حقّ القبول. واصطلاحاً: ما يصدر أولاً من أحد العاقدين؛ لأجل إنشاء التصرف.

والقَبول: ما يصدر ثانياً من العاقد الآخر.

ولا فرق بين أن يبدأ الكلام من البائع أو من المشتري، فمَن بدأ أوَّلاً كان هو الموجب، والآخر هو القابل، كما في الدر المختار ٢: ٦-٧، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام ١: ١٠٤.

(٢) شروط البيع أربعةُ أنواع، وهي:

أولاً: شرائط الانعقاد، وهي ما لا ينعقد البيع بدونها: أي لا يوجد عقد أصلاً:

١.أن يكون العاقد عاقلاً مميزاً؛ فلا ينعقد بيع الصبيّ والمعتوه اللذان لا يعقلان البيع وأثره.

٢.أن يكون العاقد متعدداً؛ فلا يصلح الواحد عاقداً عن جانب البائع وجانب المشتري.

Maktaba Tul Ishaat.com

١٠ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

ومحلُّه: المال[1]؛ لأنّه يُنبئُ عنه شَرعاً.

هـ.شرط لا يقتضيه العقد: والشروط التي هي من مقتضيات العقد: هي التي يوجبها العقد ولو لم تذكر في أثنائه: كحبس البائع المبيع حتى يقبض الثمن.

و.شرطٌ غير ملائم للعقد: والشروط الملائمة للعقد: هي الشُّروط المؤيّدة المؤكّدة لمقتضى العقد، فلو باع بشرط أن يرهن المشتري عنده شيئاً معلوماً، صحّ البيع.

س.شرطٌ فيه منفعة للبائع أو للمشتري، فإن لم يكن فيه منفعة لأحدهم، يصحّ البيع، ويلغو الشرط؛ مثاله: لو باعه حيوان على أن لا يبيعه المشتري لآخر.

ح.شرطٌ ليس متعارفاً ولم يجر التعامل به بين الناس.

٧.أن يكون الأجلُ معلوماً في البيع الذي فيه أجلٌ، فإن كان مجهولاً يَفسد البيع.

٨.القبض فيما لا يجوز بيعه قبل القبض، فلو تصرف في رأس مال السلم قبل القبض لا يجوز؛ لعموم النهي؛ ولأنَّ قبضه في المجلس شرط، وبالبيع يفوت القبض.

٩.الخلو من شبهة الربا؛ لأنَّ الشبهةَ ملحقةٌ بالحقيقة في باب الحرمات احتياطاً.

رابعاً: شرط اللزوم: وهي ما لا يلزم البيع بدونها فيمكن فسخه، وإن كان البيعُ منعقداً ونافذا وصحيحاً بدونها، وهي خلوه عن الخيارات الأربعة المشهورة وغيرها، كما في الفتاوى الهندية ٣: ٢-٣، وبدائع الصنائع ٥: ١٦٩، ورد المحتار ٢: ٥-٦، ومجلة الأحكام ١: ٧٨-٧٩، وشرحها درر الحكام ١: ١٥٩-١٦٠، ومرآة المجلة ١: ٧٨-٧٩.

(١) وكذلك وهو المال المتقوم، فيخرج ما كان مالاً غير متقوماً: كالخمر، وما شابهه؛ إذ أنَّ بيعه باطل في حق المسلم. ويخرج ما ليس مالاً أصلاً: كالميتة والدم، كما في حاشية التبيين ٤: ٤٠٣، ورد المحتار ٢: ٦.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

قال: (**وبالتَّعاطي**)[١] في الأَشياءِ الخَسيسةِ[٢] والنَّفيسة، نصَّ عليه مُحمّد رضي الله عنه[٣]؛ لأنّه يدلُّ على الرِّضا المقصود من الإيجاب والقَبول.

وذَكَرَ الكَرخيُّ رضي الله عنه: أنّه ينعقدُ بالتَّعاطي في الأشياء الخَسيسة فيما جَرَت به العادة، ولا يَنعقد فيما لم تجر به العادة.

ولو قال: بعني، فقال: بعتُ، أو قال: اشتر مني، فقال: اشتريت لا ينعقد حتى يقول: اشتريتُ أو بعتُ؛ لأنّ قولَه: بعني واشترِ ليس بإيجابٍ وإنّما هو أَمر، فإذا قال: بعتُ أو اشتريتُ فقد وُجِد شطرُ العَقد، فلا بُدّ من وجودِ الآخر ليتمّ[٤].

---

(١) وهو وضع الثمن وأخذ المثمن عن تراض من المتبايعين من غير لفظة: بعت واشتريت، وهو بيع منعقد؛ لأنَّ المقصد الأصليَّ من الإيجاب والقَبول هو تراضي الطَّرفين، وهو حاصلٌ بالمبادلة الفعليّة الدالة على التَّراضي، كما في أنفع الوسائل ص٢٣٣.

(٢) الخسيس: كحزمة بقلّة وتفاحة ورمانة، والنَّفيس: كعقد جوهر، ومنهم من حدَّ النَّفيس بنصاب السَّرقة فأكثر، والخسيس بما دونه، كما في منح الغفار ق٢: ٢/ ب.

(٣) صححه في الوقاية وغيرها.

(٤) لما أجمل المؤلف الكلام في الصيغ، فتصيله على النحو الآتي: كلُّ ما يدل على تحقق البيع لا الوعد عرفاً، فإن كان العقد يتحقق بالتعاطي بدون تلفظ، فمن باب أولى أن يتحقق بالصيغ المختلفة إن كانت دالة حصول البيع لا المساومة والعدة، وما يذكره الفقهاء أمثلة لذلك، ومنها:

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

وقيل: إذا نَوَىٰ الإيجاب في الحال انعقد البيع وإلا فلا، وعلىٰ هذا أَبيعك هذا العبد أو أُعطيكه، فيقول الآخر: أَشتريه أو أَقبلُه أو آخذه إن نَوَىٰ صحّ وإلاّ فلا.

قال: **(وإذا أَوجب أحدُهما البيعَ فالآخرُ إن شاء قَبِلَ وإن شاء رَدَّ)**؛ لأنّه مُخَيَّرٌ غيرَ مُجبر، فيختار أيّهما شاء، وهذا خيارُ القَبول[1]، ويمتدُّ في المجلس للحاجة إلىٰ التفكّر والتَّروي، والمجلسُ جامعٌ للمتفرِّقات.

---

(١) يشترط لصحّة القبول:

الأول: أن يكون القبول موافقاً للإيجاب، حتىٰ يلزم صحة العقد، وله الحالات الآتية:

١. أن يكون قبول العاقد الآخر على الوجه المطابق للإيجاب، وليس له تبعيض الثمن أو المثمن وتفريقهما.

٢. أن تكون موافقة القبول للإيجاب ضمناً؛ وذلك إذا كان الموجب البائع وسمىٰ الثمن فقبل المشتري المبيع بثمن أزيد من الثمن المسمىٰ.

٣. أن يوجب أحد المتبايعين في أشياء متعدِّدة بصفقةٍ واحدةٍ، سواء عَيَّن لكلٍّ منها ثمناً على حدة أم لا، فإنَّه ليس للآخر إلا أن يقبل جميع الصَّفقة بكلّ الثَّمن.

٤. أن يذكر أحد المتبايعين أشياء متعددة ويبيّن لكل واحد منها ثمناً معيّناً على حدته، ويكرر لفظ الإيجاب لكل واحد منها على الانفراد، فإن قبل الآخر بعضها بالثمن المسمّىٰ له، فإنَّه ينعقد البيع فيما قبله فقط.

الثاني: أن يكون الموجب على قيد الحياة حين قَبول الآخر، فإذا توفِّي الموجب بعد الإيجاب وَقَبْلَ القبول، فإيجابه يصبح باطلاً، ولا يصح قبول المخاطب بعد ذلك.

الثالث: أن لا يَبطل الإيجاب قبل قبول الآخر، وله حالات، وهي:

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

وليس للمشتري القَبول في البعض؛ لأنّه تفريقُ الصَّفقة، وأنّه ضررٌ بالبائع، فإنّ من عادةِ التُّجار ضمُّ الرَّديء إلى الجيد في البيع؛ لترويجِ الرَّديء، فلو صَحّ التَّفريقُ يَزول الجيد عن ملكِه، فيبقى الرَّديءُ، فيتضرَّر بذلك.

وكذلك المشتري يرغب في الجميع، فإذا فَرَّقَ البائعُ الصَّفقة عليه يتضرَّر.

(وأيّهما قامَ قَبْلَ القَبول بَطَلَ الإيجابُ)؛ لأنّه يدلُّ على الإعراضِ وعدمِ الرِّضا، وله ذلك.

وشطرُ العقد لا يتوقَّف على قَبولِ الغائب كمَن قال: بعتُ من فلانٍ الغائب، فبلغه فقبل لا ينعقد، إلا إذا كان بكتابةٍ أو رسالةٍ، فيعتبر مجلسُ بلوغ الكتاب وأداء الرِّسالة[1]، وعلى هذا الإجارة والهبة والكتابة والنِّكاح.

---

(١) أين ينعقد الإيجاب والقَبول بالكتابة من الطرفين أو من طرف واحد أو بالرسالة بشرط أن تكون الكتابة في الرَّسالة مرسومة ومستبينة.

والمرسومة: هي التي تكون مصدَّرةً ومعنونة.

والمستبينة: وهي ما يكتب على الصَّحيفةِ والحائطِ والرَّمل على وجهٍ يُمكن فهمُه وقراءتُه لا ما يُكتب على الهواءِ أو الماء أو شيءٍ لا يُمكن فهمُه وقراءته.

ويكون مجلس القَبول هو مجلسُ وصول الرِّسالة؛ لأنه اتِّحادٌ للمجلس حكماً، لكن لا يشترط القبول في مجلس وصول الرسالة، حتى لو بلغته الرسالة ولم يقبل في ذلك المجلس، وإنَّما قبل في مجلس آخر جاز.

وإن كان المرسَلُ رسولاً بدل الرَّسالة فيشترط القبول في مجلس وصوله؛ لأنَّ الكلامَ إن

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

قال: **(ولا بُدَّ من معرفةِ المَبيعِ مَعْرفةً نافيةً للجَهالة)** قطعاً للمنازعة، فإن كان حاضراً، فيكتفي بالإشارة؛ لأنّها موجبةٌ للتَّعريف، قاطعةٌ للمنازعة.

وإن كان غائباً، فإن كان ممّا يُعرَفُ بالأُنموذج: كالكيليِّ والوَزْنيِّ والعدديِّ المتقارب، فرؤيةُ الأُنموذج كرُؤية الجَميع، إلا أن يختلف، فيكون له خيارُ العيب، فإن كان ممّا لا يُعرف بالأُنموذجِ كالثِّياب والحَيوانِ، فيذكر له جميع الأوصاف قطعاً للمُنازعة، ويكون له خيار الرُّؤية.

قال: **(ولا بُدّ من معرفة مقدار الثَّمن وصفتِه إذا كان في الذِّمة)** قطعاً للمنازعة، إلا إذا لم يكن في البلد نقودٌ؛ لتعيُّنه.

(ومَن أطلق الثَّمن[1]، فهو على غالبِ نقدِ البَلد) للتَّعارف.

---

(١) أي إن كان بثمن مطلق فله أربعُ حالات:

١. إن اختلفت النُّقود في الرَّواج والماليّة، فإنَّه يقع على النّقد الغالب في البلد، بأن قال: عشرة دراهم مثلاً، فإذا كان كذلك ينصرف إلى المتعامل به في بلده; لأنَّ المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص.

٢. إن استوت في الماليّة والرّواجِ معاً، فإنَّ المشتري بالخيارِ في دفعِ أيهما شاء، فلو طلبَ البائعُ أحدَهما، فللمشتري أن يدفعَ غيره؛ لأنَّ امتناعَ البائع عن قَبول ما دفعَه المشتري تعنّت؛ لأنَّ الاختلافَ في الاسم، ولا فضلَ لواحدٍ على الآخر.

٣. إن استوت في الماليّة واختلفت في الرواج، فإنَّه يصرف إلى الأروج.

٤. إن استوت في الرَّواج واختلفت في المالية، فإنَّ البيع يفسد إلاّ أن يبيّنَ أحد النُّقود؛ لأنَّ الجهالة مفضيةٌ إلى المنازعة، إلاَّ أن ترفعَ الجهالة، ينظر: البحر الرائق ٥: ٢٠٤، وشرح الوقاية ص٥٠٠، وغيرهما.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

وله: أنّه تعذّر الصَّرفُ إلى الجميع؛ للجهالة في المبيع والثمن، فيصرفُ إلى الأقلّ، وهو الواحد؛ لأنّه معلومٌ.

فإذا زالت الجَهالة جاز في الجميع لزوال المانع، وإذا جاز البَيع في الواحد يثبتُ للمشتري الخيار لتفرُّق الصَّفقة.

قال: (**ومَن باع قَطيع غنم كلّ شاةٍ بدرهم لم يجز في شيءٍ منها، والثِّيابُ**) والمعدودُ المتفاوت (**كالغَنم**).

وعندهما: يجوز في الكلِّ؛ لما مَرّ.

وله: أنّ قضيةَ ما ذكرنا الجواز في واحدٍ، غير أنّ الواحدَ في هذه الأشياء يتفاوت، فيؤدّي إلى المنازعة، فصار كالمَجهول، فلا يجوز.

قال: (**فإن سَمّى جملةَ القفزان والذُّرعان والغَنَم جاز في الجميع**)؛ لانتفاء الجهالةِ وزوال المانع.

قال: (**ومَن باعَ داراً دَخَلَ مَفاتيحُها وبناؤها في البَيع**)؛ لأنّ المفاتيحَ تبعٌ للأبواب، والأبوابُ متصلةٌ بالبناءِ للبقاء، والبناءُ متصلٌ بالعَرْصة اتصال قَرار، فصارت كالجزء منها، فتدخل في البَيع، ولأنّ الدَّارَ اسم للعَرْصة والبِناء، فيدخل في بيع الدَّار[1].

---

(١) والأصل في جنس هذا: أن كلَّ ما كان اسم المبيع متناولاً له عرفاً، أو كان متصلاً به اتصال قرار ـ وهو ما وضع لا ليفصل ـ دخل من غير ذكر، كما في اللباب ص٢٣٤.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

والظُّلة: هي التي على ظهر الطريق، وهو الساباط.

ويدخل الطَّريق إلى السكّة؛ لأنه لا بُدّ منه.

ولو اشترى منزلاً فوقَه منزلٌ لا يدخل إلا أن تذكرَ الحقوق أو كلّ قليل وكثير؛ لأنّ المنزلَ اسم لما يشتمل عليه مَرافق السُّكنى؛ لأنّه من النُّزول، وهو السُّكنى، والعُلو مثل السُّفل في السُّكنى من وجهٍ دون وجهٍ، فيكون تَبَعاً من وجهٍ، أصلاً من وجهٍ، فإن ذَكَرَ الحقوقَ دَخَلَ وإلاّ فلا.

ولو اشترى بَيْتاً لا يدخل العُلو، وإن ذَكَرَ الحقوقَ حتى ينصَّ عليه؛ لأنّ البيتَ ما يُبات فيه، وعلوُّه مثلُه في البَيتوتة فلا يدخل فيه إلا بالشَّرط.

قال: **(ويجوز بيع الثَّمرة قبل صَلاحِها)**، والمُرادُ إذا كانت يُنتفعُ بها للأكل أو العَلَف؛ لأنّه مالٌ متقوَّمٌ منتفعٌ به.

وأمّا إذا لم يكن مُنتفعاً بها لا يجوز؛ لأنّه ليس بمال متقوَّم.

(ويجب قطعُها للحال)؛ ليتفرّغ ملك البائع، **(وإن شرطَ تركها على الشَّجرِ فَسَدَ البيع)**؛ لأنّه إعارةٌ أو إجارةٌ في البَيْع، فيكون صفقتين في صفقةٍ، وأنّه منهيٌّ عنه.

وكذا الزَّرع في الأرض.

وإن تركها بأَمْره بغيرِ شَرْطٍ جاز وطاب الفَضْل، وإن كان بغير أَمْره تَصَدَّقَ بالفَضْل لحصوله بأَمر محظور.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

ولو اشتراها مُطلقاً[١] وأثمر ثمراً آخر قبل القَبض فَسَدَ البَيع؛ لتعذُّر التَّمييز قبل التَّسليم، وإن أثمرت بعد القَبْض يَشتركان، والقولُ للمُشتري في قَدْره؛ لأنّه في يدِه، وهو مُنكرٌ.

قال: **(ولا يجوز أن يبيعَ ثمرةً ويَستثني منها أرطالاً معلومة)**؛ لجهالة الباقي، وقيل: يجوز لجواز بيعِه ابتداءً، والأصلُ أن ما جاز بيعُه ابتداءً يجوز استثناؤه[٢]: كبيعِ صُبرةٍ إلا قفيزاً، وقفيز من صُبْرة، بخلاف الحَمْل وأطراف الحيوان، حيث لا يجوز استثناؤه؛ لأنّه لا يجوز بيعُه ابتداءً.

---

(١) صورتها: لو اشترى الثمار مطلقاً عن القطع والترك على النخيل وتركها، وأثمرت مدة الترك ثمرة أُخرى، فإن كان قبل القبض: يعني قبل تخلية البائع بين المشتري والثمار فسد البيع؛ لأنّه لا يمكن تسليم المبيع لتعذُّر التَّمييز، وإن كان بعد القبض لم يفسد البيع؛ لأنّ التَّسليم قد وُجد، وحدث ملك للبائع، واختلط بملك المشتري، فيشتركان فيه للاختلاط، والقولُ في مقدار الزَّائد قول المشتري؛ لأنّ المبيعَ في يده، فكان الظاهرُ شاهداً له، هذا ظاهر المذهب، وكان الحلواني يفتي بجوازه، ويزعم أنّه مروي عن أصحابنا، وحكي عن الفضلي أنّه كان يفتي بجوازه، ويقول: اجعل الموجود أصلاً، وما يحدث بعد ذلك تبعاً، ولهذا شرط أن يكون الخارج أكثر، كما في العناية٦: ٢٩١.

(٢) ما ذكره المصنف، مشى عليه في القدوري الوقاية ٤: ٩ وشرحها لصدر الشريعة، لكن صاحب الهداية٣: ٢٦ قال: قالوا هذا روايةُ الحسن ﷺ، وهو قول الطحاوي ﷺ، وأمّا على ظاهر الرِّواية ينبغي أن يجوز، واختار ظاهر الرواية صاحب الكنزص٩٧، والتنويرص١٢٦، والملتقى ص١٠٩.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

اشترط تسليمُه، (**إلا أن يكون مؤجلاً**)؛ لأنه أسقطَ حَقَّه بالتَّأجيل ولا يسقط حقَّ الآخر.

(**وإن باع سلعةً بسلعةٍ أو ثمناً بثمن سَلَّمَا معاً**) تسويةً بينهما.

قال: (**ولا يجوز بيعُ المنقولِ قبل القَبض**)؛ لأنّه ﷺ «نهى عن بيعِ ما لم يُقْبَضْ»[1]، ولأنّه عَساه يَهْلَك، فيَنْفَسخ البيع، فيكون غَرراً.

وكذا كلُّ ما يَنْفَسخُ العقدُ بهلاكِه[2]: كبدل الصُّلح والإجارة؛ لما ذكرنا.

وما لا يَنْفَسخُ العَقْد بهلاكِهِ يجوز التَّصرُّف فيه قبل القَبْض: كالمهر وبَدَل الخُلْع والصُّلح عن دَمِ العَمد؛ لأنّه لا غَرَرَ فيه.

---

(١) فعن حزام بن حكيم بن حزام ﷺ قال: «قلت: يا رسول الله، إنّي رجل أشتري المتاع فما الذي يَحِلّ لي منها وما يَحْرُم عليَّ؟ فقال: يا ابن أخي، إذا ابتعت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه» في صحيح ابن حبان١١: ٣٥٨،٣٦١، وسنن النسائي الكبرى٤: ٣٧، والمجتبى٧: ٢٨٦، والمنتقى١: ١٥٤، ومصنف ابن أبي شيبة٤: ٣٨٧، ومصنف عبد الرزّاق٨: ٤٣.

(٢) أي كلُّ عرض ملك بعقد ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرف فيه: كالمبيع والأجرة إذا كانت عيناً، وبدل الصلح إذا كان معيّناً، وما لا ينفسخ العقد بهلاكه، فالتصرف فيه جائز قبل القبض: كالمهر، وبدل الخلع، وبدل الصلح عن دم العمد، كما في البناية٨: ٢٤، وعلل الكرخي في مختصره بقوله؛ لأن هلاكه لا ينقض العقد ويكون على الذي بذله قيمته، كما في الشلبي٤: ٨٠.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

والإجارةِ على هذا الاختلاف[١]، وقيل: لا يجوز بالاتفاق[٢]؛ لأنّ المعقودَ عليه المنافع، وهلاكُها غيرُ نادرٍ بهلاكِ البناء.

قال: (**ويجوز التَّصرُّف في الثَّمن قبل قبضِه**)؛ لقيام الملك، ولا يتعيَّن ولا يكون فيه غَرَرَ الانفساخ.

قال: (**وتجوز الزِّيادةُ في الثَّمن والسِّلعة، والحَطُّ من الثَّمن، ويلتحقُ بأَصل العقد**).

وقال زُفر رضي الله عنه: وهي مبتدأةٌ؛ لأنّه لا يُمكن جعلُه ثَمَناً ومُثَمَّناً؛ لأنّه يصيرُ ملكُه عِوَضَ ملكِه، فَجعلناه هبة مبتدأة.

ولنا: أنّ بالزِّيادةَ والحطَّ غَيَّرا وصفَ العقد من الرِّبح إلى الخُسران أو بالعَكس، وهما يملكان إبطالَه، فيملكان تغييره.

ولا بُدّ في الزِّيادةِ من القَبول في المجلس؛ لأنّها تمليكٌ.

ولا بُدّ أن يكون المعقودُ عليه قائماً قابلاً للتَّصرُّف ابتداءً، حتى لا تصحَّ الزِّيادة في الثَّمنِ بعد هلاكه، ويصحُّ الحطُّ بعد هلاك المبيع؛ لأنّه إسقاطٌ محضٌ، والزِّيادةُ إثباتٌ.

---

(١) أي الخلاف الواقع في البيع قبل القبض واقع في الإجارة، لكن المعقود عليه في الإجارة المنافع، وهلاكها غير نادر، وهو الصحيح، كذا في «الفوائد الظهيرية»، وعليه الفتوى، كذا في «الكافي»، كما في البحر: ٦: ١٢٦.

(٢) في الرمز، والتبيين ٤: ٨٠، وهو الصحيح، وفي النهر ٣: ٤٦٣: أنه الأصح.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

وإن حاضت في أثناء الشَّهر انتقل إلى الحيضة، كما في العِدّة.

والمعتبرُ ما يوجد بعد القبض حتى لو حاضَت أو وضعَت قبل القَبض يجب الاستبراء، وكما يحرمُ الوَطْء يحرمُ دَواعيه احترازاً عن الوقوع فيه كما في العِدّة، بخلاف الحيض؛ لأنّ الحُرمةَ للأذى، ولا أذى في الدَّواعي.

ومَن وطئ جاريتَه ثمّ أراد أن يبيعَها أو يزوّجها يُستحبُّ له أن يستبرئها، وإن لم يستبرئها، فالأحسنُ للزَّوج أن يستبرئها.

وأمّا ممتدّةُ الطُّهر:

قال أبو حنيفة ﷺ: لا يطؤها حتى تتيقَّن بعدم الحَمْل.

ورُوِي عنه: سنتان، وهو الأحوط، وهو قولُ زُفر ﷺ؛ لأنّ الوَلَدَ لا يبقى أكثر من سنتين على ما عُرِف.

وعنه: أربعةُ أَشْهر وعشرةُ أيام، وهو قولُ محمَّد ﷺ؛ لأنّها عِدّة الوفاة للحُرّة تُعْرَفُ بها براءةُ الرَّحم.

وعن مُحمّد ﷺ: شهران وخمسة أيّام؛ لأنه عدّةُ الأمة.

وعن أبي حنيفة ﷺ، وهو قولُ أبي يوسف ﷺ: ثلاثةُ أشهر؛ لأنّها تُعْرَفُ بها براءةُ الرَّحم في حَقّ الآيسةِ والصَّغيرة.

وعند الشَّافِعِي ﷺ: أربعُ سنين؛ لأنّه أكثر مُدّة الحَمْل عنده.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

قال: (**ويجوز بيعُ الكلبِ والفهدِ والسِّباع مُعَلَّماً كان أو غيرَ مُعَلَّم**)؛ لأنّه حيوانٌ منتفعٌ به حراسةً واصطياداً فيجوز؛ ولهذا ينتقل إلى ملكِ الموصى له والوارث، بخلاف الحَشَرات كالحيّة والعقرب والضَّبِّ والقُنْفُذِ ونحوها؛ لأنّه لا ينتفع بها.

وعن أبي يوسف ﷺ: أنه لا يجوز بيع الكلب العَقور؛ لأنه ممنوعٌ عن إمساكه مأمورٌ بقتلِه.

ويجوز بيعُ الفيل.

وفي بيعِ القِرْدِ روايتان عن أبي حنيفة ﷺ، والأصحُّ الجوازُ؛ لأنّه يُنتفع بجلدِه.

وعن أبي حنيفة ﷺ: جواز بيع الحيِّ من السَّرطانِ والسُّلَحْفاة والضِّفْدَع دون الميت منه، ويجوزُ بيع العَلَق لحاجةِ النَّاس إليه.

قال: (**وأهلُ الذِّمّةِ في البيعِ كالمسلمين**)؛ لقوله ﷺ: «إذا قَبلوا الجزية فأعلمهم أنّ لهم ما للمسلمين، وعليهم ما على المسلمين»[1].

---

(١) فعن عليّ ﷺ: «مَن كانت له ذمّتنا فدمُه كدمنا، وديّتُه كديّتنا» في معرفة السنن١٣: ١٢٥، ومسند الشافعي١: ٣٤٤، وسنن البيهقي الكبير٨: ٣٤، وغيرها.
وعن أنس ﷺ، قال ﷺ: «أمرت أن أقاتلَ الناسَ حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله، وأنّ محمّداً عبده ورسوله، وأن يستقبلوا قبلتنا، ويأكلوا ذبيحتنا، وأن يصلّوا صلاتنا، فإذا فعلوا ذلك حَرُمَت علينا دماؤهم وأموالهم إلا بحقّها، لهم ما للمسلمين، وعليهم ما

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

ولا يجوز ذلك فيمَن اعتقل لسانُه أو صمت يوماً؛ لأنّ الإشارةَ إنّما تعتبرُ إذا صارت معهودةً ومعلومة، فمَن كان كذلك فهو بمنزلةِ الأَخرس بخلاف الحدود؛ لأنها تندرئ بالشُّبهات.

قال: **(ويجوز بيعُ الأَعمى وشراؤه)**؛ لأنّ النَّاسَ تعاهدوا ذلك من لدن الصَّدر الأوّل إلى يومنا هذا، ومن الصحابة ﷺ مَن عَمِي وكان يتولَّى ذلك من غير نكير.

والأصل فيه حديث حِبان بن مُنْقذ ﷺ [1]، وهو ما رواه عُمر ﷺ أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «إذا ابتعت فقل: لا خِلابةَ ولي الخيارُ ثلاثةَ أيّام، وكان أَعمى»[2]،.....

---

(١) هو حَبَّان بْن منقذ بْن عَمْرو الأنصاري الخزرجي المازني، له صحبة، وشهد أُحداً وما بعدها، وتزوج زينب الصغرى بنت ربيعة بْن الحارث بْن عبد المطلب، فولدت يحيى بْن حبان، وواسع بْن حبان، وهو جد مُحَمَّد بْن يَحْيَى بْن حبان شيخ مالك، وهو الَّذِي قَالَ لَهُ النَّبِيّ ﷺ: «إذا بعت فقل لا خلابة»، وكان في لسانه ثقل، فإذا اشترى يقول: لا خيابة، لأنَّه كان يخدع في البيع، لضعف في عقله، وتوفي في خلافة عثمان ﷺ. ينظر: أسد الغابة ١: ٤٣٧، والإصابة ٢: ١٠.

(٢) فعن طلحة بن يزيد بن ركانة: «أنّه كلَّم عمر بن الخطاب في البيوع، قال: ما أجد لكم شيئاً أوسع مما جعل رسول الله ﷺ لِحِبَّان بن منقذ، إنّه كان ضرير البصر، فجعل له رسول الله ﷺ عهدة ثلاثة أيام إن رضي أخذ وإن سخط ترك» في سنن الدارقطني ٤: ٦، وسنن البيقهي الكبير ٥: ٤٥٠.

وعن ابن عمر ﷺ: أنَّ رجلاً ذكر للنبي ﷺ، أنَّه يخدع في البيوع، فقال: «إذا بايعت فقل لا خَلابة» في صحيح البخاري ٣: ٦٥، وصحيح مسلم ٣: ١١٦٥.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

القيامة»[١]؛ ولأنّ للنَّاسَ حاجةٌ إليها كحاجتهم إلى البيع، فتُشرع، ولأنّها ترفع العقد، فصارت كالطَّلاقِ مع النِّكاح.

(وتتوقَّف على القَبول في المجلس)[٢]؛ لأنّها بمنزلةِ البَيع؛ لما فيها من معنى التَّمليك، وتَصِحُّ بلفظين يُعبَّرُ بأحدِهما عن المستقبل؛ لأنّها لا يحضرها السَّوم غالباً كالنِّكاح.

أحدهما والقبول من الآخر بلفظ يدلُّ عليه فقد تَمَّ الرُّكن.

وتنعقد بلفظين يعبّر بهما عن الماضي بأن يقول أحدهما: أقلت، والآخر: قبلت، وبكل صيغة تدلُّ على الجزم والتحقق.

وتنعقد الإقالة بكلِّ لفظٍ يُفيد معنى الإقالة كألفاظ: الفسخ، والتَّرك، والرفع، والترداد، وأعد لي نقودي، وخذ نقودك وأمثالها، ولكن بين ألفاظ الإقالة فرق، فإذا عُقِدت الإقالة بلفظ: الإقالة؛ فحكمُها في حقِّ المتعاقدين فسخٌ وفي حقِّ الغير بيعٌ جديد، أما إذا عقدت الإقالة بألفاظ: المفاسخة، أو المتاركة، أو التراد، فليست بيعاً، إنَّما فسخاً في حق الجميع، كما في البدائع ٥: ٣٠٦، ودرر الحكام ١: ١٦٥، وغيرها.

(١) فعن أبي هريرة ﷺ، قال ﷺ: «مَن أقال نادماً بيعته أقال الله ﷻ عثرته يوم القيامة» في صحيح ابن حبان ١١: ٤٠٢، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٤١، والمعجم الأوسط ١: ٢٧٣.

(٢) شرائط صحة الإقالة:

١. رضا المتقايلين؛ لأنَّها فسخ العقد، والعقد لم ينعقد على الصحة إلا بتراضيهما.

٢. أن يكون المبيع محتملاً للفسخ بسائر أسباب الفسخ: كالردّ بخيار الشَّرط والرُّؤية والعيب، فإن لم يكن بأن ازداد زيادة تمنع الفسخ بهذه الأسباب لا تصحّ الإقالة.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

وقال أبو يوسف ﷺ: بيعٌ جديدٌ في حقِّ الكلّ، فإن تعذَّر ففسخٌ، فإن لم يُمكن بَطَل.

وقال مُحمّد ﷺ: فَسخٌ، فإن تَعَذَّرَ فبيعٌ، فإن لم يُمكن بَطَلَ.

وقال زُفر ﷺ: فسخٌ في حقِّ المتعاقدين وغيرِهما.

وصورتُه: لو تَقايلا قبل القَبْض، فهو فسخٌ بالإجماع، ويَبْطل شرط الزِّيادة والنُّقصان.

أمّا عندهما: فظاهر.

وكذا عند أبي يوسف ﷺ؛ لأنّه تعذَّر جعلُه بيعاً إلا في العِقار حيث يجوز بيعُه قبل القبض عنده.

ولو تقايلا بعد القَبضِ فهو فسخٌ عند أبي حنيفة ﷺ، ويلزمُه الثَّمنُ الأوَّلُ جنساً ووصفاً وقدراً، ويبطل ما شَرَطَه من الزِّيادة والنُّقصان والتَّأجيل والتَّغيير؛ لأنّ الإقالةَ رفعٌ، فيقتضي رَفْعَ الموجود، والزِّيادةُ لم تكن، فلا ترتفع إلا إذا حَدَثَ بالمبيع عيبٌ، فيجوز بأقلَّ من الثَّمن الأوَّل؛ لأنَّ النُّقصان في مقابلةِ العَيب.

ولو حَدَثَت الزِّيادة في المبيع كالولدِ ونحوه بعد القَبْض بطَلَت الإقالة عنده؛ لتعذُّر الفَسْخ بسبب الزِّيادة.

فإن كان المبيع عقاراً فسلَّم الشفيع الشفعة، ثم تقايلا يقضىٰ له بالشفعة؛ لكونه بيعاً جديداً في حقّه كأنَّه اشتراه منه، كما في شرح الوقاية ص٥٣٧.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

ولأبي حنيفة ﵁: أنّ الإقالةَ تنبئُ عن الفَسْخِ والإزالة؛ لما بَيّنّا، فلا تحتمل معنىً آخر نفياً للاشتراك، والأصلُ العملُ بحقيقةِ اللفظ، فإذا تعذَّر لا يُجعل بيعاً مبتدأ؛ لأنه ضدُّ الرَّفع فيبطل.

وأمّا كونه بيعاً في حقّ ثالث، وهو الشَّفيع، فصورته: باع دارا فسَلَّم الشَّفيع الشُّفعة، ثمّ تَقايل البائعُ والمشتري، فللشَّفيع الشُّفعةُ خلافاً لزُفر ﵁؛ لأنّ ما هو فسخٌ في حقّهما، فهو فسخ في حقِّ غيرهما: كالردّ بخيار الشَّرط.

وجوابُه: أنّ الإقالةَ نقلُ ملكٍ بإيجابٍ وقَبولٍ بعِوَضٍ ماليٍّ، وهو سببُ وجوب الشُّفعة، وهما عَبَّرا عنه بالإقالة لإسقاط حقِّه، ولا يملكان ذلك.

وكذا لو وَهَبَه شيئاً وقبضَه، فباعَه الموهوبُ له، ثُمّ تَقايلا، ليس للواهبِ الرُّجوع، ويَصير الموهوبُ له كالمشتري.

قال: **(وهلاكُ المَبيعِ يمنعُ صِحّة الإقالةِ)**[1]؛ لأنّ الفَسَخَ يقتضي قيام البيع، وهو ببقاءُ المبيع.

---

(١) موانع الإقالة:

١. هلاك المبيع هلاكاً حقيقياً أو حكمياً: كفرار الحصان مثلاً.

٢. حصول زيادة في المبيع متصلة غير متولدة: كصبغ سيارة.

٣. حصول زيادة في المبيع منفصلة متولدة: كولد الشاة؛ لأنَّ حصولها بعد القبض يجعل فسخ العقد متعذِّراً؛ لأنَّ تلك الزِّيادة من حقِّ المشتري شرعاً.

٤. تبدّل اسم المبيع: كما إذا اشترى رجل من آخر خيوطاً، فنسجها ثوباً، فصار اسم تلك الخيوط ثوباً، فالإقالة غير صحيحة، كما في المجلة المادة ١٩٤، وشرحها درر

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

(ولا يجوز أكثر من ذلك)، وهو قولُ زُفر ﷺ.

وقالا: يجوز إذا ذَكر مُدّةً معلومةً؛ لأنّ الخِيارَ شُرع نظراً للمُتَعاقدين للاحتراز عن الغُبْن والظُّلامة، وقد لا يحصل ذلك في الثَّلاث، فيكون مُفَوَّضاً إلى رأيه، ومذهبُهما مَنقولٌ عن ابن عُمر ﷺ.

ولأبي حنيفة ﷺ: أنّ الأصلَ ينفي جَواز الشَّرط؛ لما فيه من نفي ثبوت الملك الذي هو موجبُ العقد، فلا يصحُّ كسائر موجبات العَقد، وكذلك النَّصُّ يَنفيه، وهو قوله ﷺ لعَتَّاب بن أُسيد حين بعثه إلى مكة: «انهم عن بيع وشرط، وبيع وسَلَف»[1]، .....

وعن ابن عمر ﷺ، قال ﷺ: «إنَّ المتبايعين بالخيار في بيعهما ما لم يتفرقا أو يكون البيع خياراً» في صحيح البخاري ٢: ٧٤٢

وعن عمر بن الخطاب ﷺ: «البيع صفقة أو خيار» في سنن البيهقي الكبير ٥: ٢٧٢، قال التهانوي في إعلاء السنن ١٤: ٥٥-٥٦: سكت عنه البيهقي ولم يعله ابن التركماني بشيء، فهو حسن أو صحيح، ... وجعله محمد بن الحسن في الحجج حديثاً معروفاً مشهوراً،... وإذا اشتهر الحديث استغنى عن الإسناد.

(١) فعمرو بن العاص ﷺ، قال: قلت: «يا رسول الله، إني أسمع منك أشياء أخاف أن أنساها، أفتأذن لي أن أكتبها؟ قال: «نعم» قال: فكان فيما كتب عن رسول الله ﷺ أنه لما بعث عتاب بن أسيد إلى أهل مكة قال: «أخبرهم أنّه لا يجوز بيعان في بيع، ولا بيع ما لا يملك، ولا سلف وبيع، ولا شرطان في بيع» في المستدرك٢: ٢١.

وعن ابن عباس ﷺ، قال ﷺ لعتاب بن أسيد: «إني قد بعثتك على أهل الله أهل مكة، فانهم عن بيع ما لم يقبضوا، وعن ربح ما لم يضمنوا، وعن شرطين في شرط، وعن بيع

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

حتى إن العَقْدَ إنّما يفسدُ بمضي جزءٍ من اليوم الرَّابع، فيكون العقدُ صَحيحاً قبله، ولأنّها مُدّةٌ ملحقةٌ بالعقد، مانعةٌ من انبرامه، فجاز أن ينبرم بإسقاطِهِ كالخِيار الصَّحيح.

وشرط خِيار الأبد باطلٌ بالإجماع.

قال: (**ومَن له الخِيار لا يفسخ إلا بحضرة صاحبه**): أي بعلمِه (**وله أن يجيز بحضرته وغيبته**)، وقال أبو يوسف رضي الله عنه: يُفسخُ بغيبتِهِ أيضاً؛ لأنّ الخِيارَ أثبت له حَقّ الإجازةَ والفَسْخَ، فكما تجوز الإجازةُ في غيبتِهِ، فكذا الفَسْخُ.

ولهما: أنّه فَسْخُ عقدٍ، فلا يصحُّ من أحدِهما كالإقالة، بخلاف الإجازة؛ لأنّها إبقاءُ حَقّ الآخر، فلا يحتاج إلى علمِه، والفَسْخُ إسقاطُ حقِّه فاحتاج إليه، فإذا فسخ بغيبته، فعَلِم به في المدّة تَمَّ الفَسْخ، وإن لم يَعْلَم حتى مَضَت المُدّة تمّ العَقْدُ.

قال: (**وخِيارُ الشَّرْط لا يُورَثُ**)؛ لأنّه مشيئةٌ وتروٍّ، وذلك لا يُتَصوَّر فيه الإرث؛ لأنّه لا يَقْبل الانتقال.

أمّا خِيار العَيب؛ فلأن المشتري استحقّ المبيع سليماً، فينتقل إلى وارثه كذلك.

وأمّا خِيار التَّعيين، فإنه ثبت له ابتداءً لاختلاطِ ملك المُورِّث بملك الغير.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

قال: **(وخِيار البائع لا يخرج المَبيع عن ملكه، وخِيار المشتري يُخرجُه ولا يُدخله في ملكه)**، اعلم أنّ البَيعَ بشرطِ الخِيارِ لا ينعقد في حَقِّ حكمِه، وهو ثبوتُ الملك، بل يتوقَّفُ ثبوتُ حكمِهِ على سقوط الخيار؛ لأنّه بالخِيار استثنى مباشرة العقد في حقّ الحُكم، فامتنع حكمُه إلى أن يسقط الخِيار.

ثمّ الخِيارُ إمّا أن يكون للبائع أو للمُشتري أو لهما، فإن كان للبائعِ فلا يخرج المَبيعُ عن ملكِه؛ لأنّه إنّما يخرج بالمراضاة، ولا رضا مع الخِيار، حتى نَفَذَ إعتاق البائع، وليس للمُشتري التَّصرُّف فيه.

ولو قبضه المشتري وهَلَكَ في يدِه في مدّةِ الخيارِ، فعليه قيمتُه؛ لأنّه لم ينفذ البَيع، ولا نفاذَ للتَّصرُّف بدون الملك، فصار كالمقبوضِ على سَوْمِ الشِّراء، وفيه القيمة.

ولو هَلَكَ في يدِ البائعِ لا شيءَ على المشتري كالصَّحيح.

ويخرج الثَّمن من ملكِ المشتري بالإجماع، ولا يدخل في ملك البائع عند أبي حنيفة ﵁ خلافاً لهما.

وإن كان الخِيارُ للُمشتري يخرجُ المبيعُ عن ملكِ البائع؛ لأنّ البَيعَ لزمَ من جانبه، ولا يدخلُ في ملكِ المشتري عند أبي حنيفة ﵁.

وعندهما: يَدْخُلُ.

والثَّمنُ لا يخرجُ من ملكِ المشتري بالإجماع، ولا يملك البائعُ مطالبتَه قبل الثَّلاث.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

منها: لو كان المشتري قريباً له لم يَعْتِق عنده.

ولو كانت زوجتُه لم ينفسخ النِّكاح خلافاً لهما فيهما، وإن وطئها لا يبطل خِياره؛ لأنّه وطئها بحكم النِّكاح، إلا أن تكون بكراً، أو نقصها الوَطء.

وعندهما: يَبْطل الخِيار[1]؛ لأنّه وطئها بملكِ اليمين.

ولو كانت جاريةً قد وَلَدت منه لا تصير أمّ ولد له عنده خلافاً لهما.

ولو حاضت عنده في مدّة الخِيار، ثمّ أجاز البَيع لا يجتزئ بتلك الحيضة عن الاستبراء عنده.

ولو ردّها لا يجب على البائع الاستبراء عنده خلافاً لهما فيهما.

ويبتني على هذا الأَصل مسائلُ كثيرة[2] يعرفُها مَن أَتْقَن هذه الأُصول.

---

(١) لأنّه ملكها، فإن وطئها لا يردها، ولو كانت ثيباً؛ لأنّ الوطء بعد انفساخ النِّكاح ليس إلا بملك اليمين، فكان مسقطاً للخيار ورضا بالبيع، وهذه المسألة من فروع الخلاف في ثبوت الملك في البيع للمشتري بشرط الخيار وعدمه، كما في الهداية والعناية٦: ٣٠٣.

في النسخ: النكاح، والمثبت موافق لما في تحفة الفقهاء حيث قال: وعندهما: يبطل خياره.

(٢) منها: ما إذا تخمّرَ العصيرُ في بيعِ مسلمين في مدّته فسدَ البيعُ عنده، ولعجزِهِ عن تملّكه عندهما يتمُّ لعجزِهِ عن ردّه.

ومنها: لو اشترى داراً على أنّه بالخيار وهو ساكنها بإجارةٍ أو إعارة فاستدامَ سكنها، قال السَّرَخْسِيُّ: لا يكونُ اختياراً، وهو كابتداءِ السّكنى، وقال خُوَاهَرْ زَادَه: استدامتُها اختيارٌ عندهما؛ لملك العين، وعنده: ليس باختيار.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

أحدُها: الإسقاطُ صَريحاً: كقوله: أَسقطت الخِيار أو أَبطلته، أو أَجزت البيع، أو رَضِيت به وما شابهه؛ لأنّه تَصْريحٌ بالرِّضى، فيبطل الخِيار.

والثَّاني: الإسقاطُ دلالةً، وهو كلُّ فعلٍ يوجدُ ممَّن له الخيار لا يَحِلُّ لغير المالك؛ لأنّه رضي بالملك، وذلك مثل: الوَطْءُ واللَّمْسُ والقُبْلةُ والنَّظرُ إلى الفَرْج بشهوةٍ، وإن فعلَه بغيرِ شهوةٍ لا يكون رضى.

وكذلك النَّظرُ إلى سائرِ أعضائها؛ لأنّه يحتاج إليه للمعالجة، وليعرف لينها وخشونتها.

ولو فعل البائع ذلك فهو فسخ؛ لأنه لا يحتاج إلى ذلك.

وكذلك الرُّكوب لا يجوز لغير المالك، فإن ركبَها ليردَّها أو ليسقيها أو يشتري لها عَلَفاً، فهو على خِياره.

وكذلك إذا سَكَنَ الدَّار أو أَسكنها لدليل الرِّضى.

ولو رَكَبَ أو لَبِسَ أو استخدم، فهو على خِيارِه لحاجتِهِ إلى ذلك للاختبار، ولو أعاد ذلك بَطَلَ خِياره؛ لعدم حاجتِهِ إليه، إلا في العبدِ إذا استخدمه في حاجةٍ أُخرى؛ لما بَيّنا.

وكذلك كلُّ فعلٍ لا يثبتُ حكمُه في غيرِ الملك: كالعِتْق والتَّدبير والكتابة والبَيْع والإجارة والهِبةِ مع القَبْض والرَّهْن، والعَرْض على البيع من هذا القبيل؛ لأنّ كلَّ ذلك يدلُّ على الرِّضا بالملك.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

وإذا جاز العَقدُ ثَبَتَ له الخِيار بالحديث، وإنّما يثبتُ الخِيار عند الرُّؤية حتىٰ لو أَجاز البَيع قبلها لا يَلْزَم.

ولا يسقط خيارُه بصَريحِ الإسقاط قَبْلَها؛ لأنّه خِيارٌ ثَبَتَ شَرعاً فلا يسقط بإسقاطِهم[1]، بخلاف خِياري الشَّرْط والعَيْب؛ لأنّهما ثبتا بقصدِهما وشَرْطِهما.

ويملكُ فسخه قَبْل الرُّؤية؛ لأنَّ الخِيارَ له.

ولا يَمْنعُ ثبوتَ الملك في البَدَلين، لكن يَمْنعُ اللُّزوم[2]، حتىٰ لو باعه مُطلقاً أو بشرطِ الخِيار للمُشتري أو أعتقه أو دبَّرَه أو كاتبَه أو رهنه أو وهبه وسَلَّم قَبْل الرُّؤية لزم البَيع.

---

(١) وإنَّما يثبت شرعاً لحكمه فيه فكان ثابتاً حقاً لله ﷻ، وما ثبت حقاً لله ﷻ فالعبد لا يملك التصرف فيه إسقاطاً مقصوداً; لأنَّه لا يملك التصرّف في حق غيره مقصوداً، لكنَّه يحتمل السقوط بطريق الضرورة بأن يتصرّف في حق نفسه مقصوداً، ويتضمن ذلك سقوط حق الشرع، كما في شرح الوقاية ص٥١٢.

(٢) معناه أن حكم المبيع الذي لا خيار فيه، وهو ثبوت الحل للمشتري في المبيع، وثبوت الملك للبائع في الثمن للحال; لأنَّ ركن البيع صدر مطلقاً عن شرط، وكان ينبغي أن يلزم إلا أنَّه ثبت الخيار شرعاً لا شرطاً، بخلاف البيع بشرط الخيار؛ لأنَّ الخيار ثبت بنص كلام العاقدين فأثر في الركن بالمنع من الانعقاد في حقّ الحكم، كما في بدائع الصنائع ٥: ٢٩٢.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

جُبير ﷺ ورجوعُهما إلى حكمِه، وعدمُ وجودِ النَّكير من أحدٍ من الصَّحابة ﷺ دلَّ على أنّه إجماعٌ منهم.

قال: (**ويَسقطُ برؤيةِ ما يُوجب العِلْم بالمقصودِ كوجهِ الآدميِّ ووجهِ الدَّابّة وكفلِها، ورؤيةِ الثَّوبِ مَطْوياً ونحوه**)؛ لأنّ رؤيةَ الجميعِ غيرُ شرط؛ لأنّه قد يَتَعَذَّرُ، فاكتفى برؤيةِ ما هو المقصود.

والوجهُ في الآدميِّ هو المقصود، ألا تَرَى أنّ الثَّمنَ يَزْدادُ ويَنقصُ بالوَجْه.

وكذلك الوَجْه والكَفَل في الدَّابّة.

وأمّا الثَّوبُ فالمرادُ الثِّياب التي لا يُخالف باطنُها الظَّاهر، أمّا إذا اختلفا فلا بُدّ من رؤيةِ الباطِن، وكذلك لا بُدّ من رؤيةِ العَلَم؛ لأنّه مقصودٌ.

وفي الدَّارِ لا بُدّ من رؤيةِ الأَبنية، فإن لم يُمكن يَكتفي برُؤيةِ الظّاهر.

ولا بُدّ في شاةِ اللَّحمِ من الجَسِّ وشاةِ الدُّرِّ والنَّسل من النَّظر إلى الضَّرْع مع جميع جسدِها، واعتبر بهذا جميع المَبيعات.

قال: (**فإن تَصرَّفَ فيه تَصَرُّفاً لازماً أو تَعَيَّب في يدِه، أو تَعَذَّر رَدُّ بعضِه، أو مات بَطَلَ الخِيار**)، وقد بَيَّنّاه، ولأنّه إذا تَعَذَّر رَدُّ البَعض، فردُّ الباقي إضراراً بالبائع.

وكذلك ردُّ المَعيب.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

ورَضِي به، فإن كان ممَّا يُباع كَيلاً كالبَصَل، أو وَزْناً كالثَّوم والجَزَر بَطَلَ خِيارُه عندهما، وعليه الفَتْوىٰ للحاجة، وجَرَيان التَّعامل به.

وعند أبي حنيفة ﷺ: لا يَبْطُل.

وإن كان ممَّا يُباع عَدَداً كالفُجْل ونحوه، فرُؤية بعضِه لا يُسقط خِيارَه؛ لما تقدَّم.

ولو اختلفا في الرُّؤية، فالقولُ للمُشتري؛ لأنّه مُنكرٌ.

وكذلك لو اختلفا في المردودِ، فقال البائعُ: ليس هذا المَبيع.

وكذلك في خِيار الشَّرط وفي الرَّدِّ بالعَيْب القولُ قولُ البائع.

[فصل في بيع الفضولي]

قال: **(ومَن باع ملك غيره، فالمالكُ إن شاء رَدَّه وإن شاء أَجاز إذا كان المبيعُ والمتبايعان بحالهم)**.

اعلم أنّ تَصَرُّفات الفُضوليّ[1] مُنعقدةٌ مَوْقُوفةٌ على إجازةِ المالكِ؛ لصُدُورها من الأَهل، وهو الحُرُّ العاقلُ البالغُ، مضافةً إلى المحلّ؛ لأنّ الكلامَ فيه، ولا ضرر فيه على المالك؛ لأنّه غيرُ مُلْزِمٍ له، وتحتملُ المَنْفعةَ، فينعقد

(١) الفضولي: مَن يتصرّف في حق غيره بغير إذن شرعي، فخرج به الوكيل والوصي، فهو شخص أجنبي قام ببيع ملك غيره، فإنَّ بيعه منعقد، ولكن لمالك المبيع فسخ البيع أو إجازته، كما في فتح باب العناية ص٥٥٢.

Maktaba Tul Ishaat.com

تصحيحاً؛ لتصرُّف العاقد العاقل وتحصيلا للمنفعة المحتملة، ولما رُوِي أنّه ﷺ: «دَفَعَ ديناراً إلى حكيم بن حزام؛ ليشتري به أُضحية، فاشترى شاةً، ثم باعها بدينارين، واشترى بأحد الدِّينارين شاةً، وجاء إلى النَّبيِّ ﷺ بالشَّاة والدِّينار»(١)، فأجاز صنيعه ولم يُنكر عليه، ودعا له بالبَرَكة، وكان فُضولياً؛ لأنّه باع الشَّاةَ، واشترى الأُخرى بغير أمره.

وكلُّ عقدٍ له مُجيزٌ حال وقوعِه يتوقَّف على إجازتِهِ، وما لا فلا(٢)، حتى إن طلاقَ الفُضوليِّ وعتاقَه ونكاحَه وهبتَه لا ينعقد في حقِّ الصَّبيِّ والمَجْنون.

---

(١) فعن عن حكيم بن حزام ﷺ: «أنّ رسول الله ﷺ بعثه ليشتري له أضحيةً بدينار فاشترى أضحية، فربح بها ديناراً، ثم اشترى مكانه أُخرى فجاء بالأُضحية والدِّينار إلى رسول الله ﷺ فضحى بالشَّاة وتصدَّق بالدينار» في معجم الطبراني الكبير٣: ٢٠٥، وسنن الترمذي٣: ٨٥٥.

وعن عروة البارقي ﷺ قال: «دفع إلي رسول الله ﷺ ديناراً لأشتري له شاةً فاشتريتُ له شاتين، فبعتُ إحداهما بدينار وجئت بالشَّاة الأُخرى والدِّينار إلى النَّبيّ ﷺ، فذكر له ما كان من أمره فقال له: بارك الله لك في صفقتك» في صحيح البُخاري ٣: ١٣٣٢.

(٢) أي كل عقد له مجيز حال وقوعه كالبيع والإجارة ونحوهما ينعقد من الفضولي، ويتوقف نفاذُه على إجازة المالك، فإن أجازه ثبت مستنداً إلى وقت العقد، وإلا يبطل التصرف، كما في الشلبي٥: ٥١٠، وطريقة الخلاف ص٣٢٨.

وبيانه: صبي باع مثلاً ثمّ بَلَغَ قَبْلَ إجازة وليه فأجازه بنفسِهِ جاز؛ لأنّ له ولياً يُجيزه حالة العقد، بخلاف ما لو طَلَّقَ مثلاً، ثمّ بَلَغَ فأجازه بنفسه لم يجز؛ لأنّه وقت العقد لا مَجيز له، فيبطل ما لم يقل: أوقعته، فيصحُّ إنشاءً لا إجازة، كما بسطه العمادي، كما في الدر المختار٥: ١٠٧.

Maktaba Tul Ishaat.com

وينعقدُ في حَقِّ العاقلِ البالغ؛ لأنّ عند الإجازة يصير الفُضوليّ كالوكيل حتىٰ تَرجع الحُقوق إليه، فإنّ الإجازةَ اللاحقة كالوكالة السَّابقة، والصَّبيُّ والمجنونُ ليسا من أهل الوَكالة ولا المباشرة.

وللفُضوليِّ الفَسْخُ قبل الإجازة؛ لئلا ترجع الحقوقُ إليه، وليس له ذلك في النِّكاح؛ لأنّ الحقوقَ لا ترجع فيه إليه لما عُرِف أنّه سَفيرٌ فيه.

ولا بُدّ من وجودِ المَبيع والمتبايعين عند الإجازة؛ إذ لا بَقاء للعقد بدونهم.

والإجازة: إنفاذُ العقدِ الموقوف، ولو كان العقدُ مقايضةً يُشترط بقاء العوضين والمتعاقدين؛ لما بيَّنّا.

فصل [في خيار العيب[1]]

وكذلك لو اشترىٰ الفضولي لنفسه يقع باطلاً، أو باع من نفسه لا ينعقد؛ لأن الواحد لا يتولىٰ طرفي العقد، كما في رد المحتار٥: ١٠٨.

(١) خيار العيب: وهو ما بيع مطلقاً إذا بيع وفيه عيب قديم يكون فيه الخيار.

والعيب: وهو ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصاناً فاحشاً أو يسيراً.

والتعويل في تحديد العيب الموجب للخيار علىٰ عرف التجار، فما نقّص الثمن في عرفهم فهو عيب يوجب الخياراً وما لا ينقص الثمن، فلا يعتبر عيباً يوجب الخيار.

واليسير: ما يدخل تحت تقويم المقومين: كما إذا قَوَّم المبيع سليماً بألف، ومع العيب بأقل، وقومه آخر مع العيب بألف أيضاً.

والفاحش: ما لا يدخل تحت تقويم المقومين: كما إذا قوم سليماً بألف، ومع العيب بأقل

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

قال: **(وكلُّ ما أَوْجَب نُقصان الثَّمن في عادةِ التُّجَّارِ فهو عَيْبٌ)**؛ لأنّ الضَّرَرَ بنقصان الماليّة وهم يعرفون ذلك، وهذا يُغني عن ذكر العُيوب وتعدادِها، وإذا عَلِمَ المشتري بالعَيْب عند الشِّراء أو عند القَبْض وسَكَت فقد رَضِي به.

قال: **(وإذا اطَّلَع المشتري على عيبٍ، فإن شاء أخذ المَبيع بجميع الثَّمن وإن شاء رَدَّه)**؛ لأنّه لم يَرْضَ به، وليس له أَخذه وأَخْذُ النُّقصان إلا برضى البائع؛ لأنّ الأوصافَ لا يُقابَلها شيءٌ من الثَّمَنِ بالعَقْدِ.

وكذلك لو كان المَبيعُ مَكيلاً أو مَوْزوناً، فوجد ببعضِهِ عَيْباً ليس له أن يُمْسِكَ الجيدَ ويردَّ المَعيب، والأَصلُ في هذا أنّ المُشْتري لا يَمْلك تفريقَ الصَّفقةِ على البائع قبل التَّمام[1]؛ لما بيّنّا، ويَمْلِكُ بعده.

بالسَّلامة، فكان إطلاقُ العقد مقتضياً للسَّلامة، فإذا لم يَسلم المبيع للمشتري، يثبت له الخيار؛ لأنَّ المشتري يطالبه بتسليم قدر الفائت بالعيب بحكم العقد، وهو عاجز عن تسليمه، فيثبت الخيار، كما في بدائع الصنائع ٥: ٢٧٤.

(١) مثاله: إذا اشترى شيئين ووجد بأحدهما عيباً، وكان ذلك قبل أن يقبضها أو قبض أحدهما، فأراد أن يرد المعيب خاصّة ليس له ذلك، لما فيه من تفريق الصَّفقة على البائع قبل التمام.

ولو قبضهما رَدّ المعيب خاصّة؛ لأنّ خيار العيب لا يمنع تمام الصَّفقة لهذا القبض، فردُّ المعيب خاصّة لا يُؤدي إلى تفريق الصَّفقة على البائع من قبل التمام، وليس له أن يردها إلا برضا البائع، وهذا الجواب يستقيم في شيئين، فيستغني كلُّ واحدٍ في الانتفاع به عن

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

البعض، كما لو اشترىٰ من اثنين، واستحقاقُ البعض علىٰ هذا التَّفصيل ما يضرّه التَّبعيض، فهو عيب، وما لا فلا.

قال: (**والإباق والسَّرقة والبَول في الفِراش ليس بعيبٍ في الصَّغير الذي لا يَعْقلُ**)؛ لأنّه لا يقدرُ علىٰ الامتناع من هذه الأَشياء، وهو ضال لا آبق، (**وعيبٌ في الذي يَعْقلُ**)؛ لأنّه تَعُدُّه التُّجار عَيْباً، (**ويُرَدُّ به إلا أن يوجد عند المشتري بعد البَلوغ**).

اعلم أنّ جَوازَ الرَّدَّ إنّما يَثْبُتُ عند اتّحاد الحال، بأن فَعَلَ هذه الأَشياء عند البائع والمُشتري حالةَ الصِّغر أو حالةَ الكِبَر.

أمّا إذا فعلَه عند البائع حالة الصِّغر، وعند المشتري حالة الكِبَر، فليس له الرّدّ؛ لأنّ شرطَ ثبوت الرَّدِّ اتحادَ سبب العَيْب، وأنّه يختلف بالصِّغر والكِبَر؛ لأنّ الإباقَ والسَّرقةَ من الصَّغير لقلّة مبالاته وقصور عَقْله، ومن الكبيرِ لخُبْثِ طبيعته، والبَوْلُ في الفِراش من الصَّغير لضعفِ المثانة، ومن الكبيرِ لداءٍ في بَطْنِه، فقد اختلف السَّببان، فكان العَيْبُ الثَّاني غيرَ الأوَّل فلا يجب الرَّدُّ، بخلاف الجنون حيث له الرَّدّ لو جُنّ عند البائع في الصِّغر وعند المشتري بعد البُلُوغ؛ لأنّ السَّبب متحدٌ، وهو آفةٌ تَخِلُّ الدِّماغ في الحالتين.

قال: (**وانقطاعُ الحَيْض عَيْبٌ**)؛ لأنّه من داءٍ، ومعناه إذا كانت ممَّن يحيض مثلُها، وإنّما يُعرَفُ ذلك بمُضي المدّةِ، وأدناه شهران.

وقيل: لا يردُّها إلا إذا ادَّعت ارتفاعه بالحَبَل.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

والنِّكاحُ والدَّين عيبٌ فيهما؛ لأنّه نقصٌ فيهما.

والحَبَلُ عَيْبٌ في الجاريةِ دون البَهائم بالعُرف.

قال: (**وإن وَجَدَ المشتري عيباً وحَدَثَ عنده عيبٌ آخر رَجَعَ بنقصان العَيْب، ولا يَرُدُّه إلا برضا البائع**)؛ لأنّ من شَرْطِ الرَّدِّ أن يردَّه كما قبضَه دَفْعاً للضَّرر عن البائع، فإذا تَعَذَّرَ ذلك بأن عَجَزَ عن استيفاءِ حقِّه في الجزءِ الفائتِ، وعن الوصول إلى رأسِ مالِهِ يَثْبُتُ له حَقُّ الرُّجوعِ ببدلِ الفائت دفعاً للضَّرر عنه.

ونقصانُ العَيْب أن يُقَوَّمَ صَحيحاً ويُقَوَّمَ مَعيباً، فما نقص فهو حصّةُ العَيْب، فيرجع بها من الثَّمن.

قال: (**وإن صَبَغَ الثَّوبَ أو خاطَه أو لتَّ السَّويق بسَمْن ثمّ اطَّلع على عَيْب رَجَعَ بنقصانِه**)؛ لأنَّ الرَّدَّ قد تعذّر؛ لأنّه لا يُمكن الفَسْخُ بدون الزِّيادة، وهي لم تكن في العقد، فيرجع بالنُّقصان، وليس للبائع أخذُه لما فيه من الضَّرر بالمشتري.

والزِّيادةُ المُنْفَصلةُ الحادثةُ قبل القبض لا تمنعُ الرّدّ بالعَيْبِ وبعده تَمْنَعُ، وذلك مثل الوَلَد والعُقْر والأَرش والثَّمرة؛ لأنّها مبيعةٌ مُلكت بالبَيْع، وهي غيرُ مقصودةٍ ليقابلها الثَّمن؛ لأنّ الأصلَ بجميع الثَّمن، فلا يُمكن رَدُّها، فتبقى سالمةً للمُشتري بغير عِوَض وأنّه ربا، ولهذا لا يَمْلك ردَّها برضا البائع، ولو مات الوَلَد يَرُدُّ الأُمّ، ولو استهلكه هو أو غيره لا تردّ.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

ولو أكل بعضَ الطَّعام، فكذا الجَواب عنده، وعندهما: أنه يرجع بنقصان العَيْب في الجميع، وعنهما: يَرُدُّ ما بَقِي، ويرجع بنقصان ما أَكَل؛ لأنّه لا يضرُّه التَّبعيض، وعليه الفتوىٰ[1].

وفي كلِّ موضعٍ كان للبائع أخذه كالعَيْب الحادث ونحوه، فباعه المشتري أو أعتقه لم يرجع بالنُّقصان، وفي كلِّ موضع ليس له أخذه بسبب الزِّيادة فباعه أو أعتقه المشتري رجع بالنقصان.

ومَن اشترىٰ بِطِّيخاً أو خِياراً أو بَيْضاً أو نحوَه، فكسره فوجدَه فاسداً، فإن كان بحال لا يُنتفع به رَجَعَ بكلِّ الثَّمن؛ لأنّه ليس بمال، وإن كان يَنْتَفعُ به مع الفَساد رَجَعَ بالنُّقصان؛ لأنّه تَعَذَّر الرَّدُّ؛ لأنّ الكسرَ عَيْبٌ حادثٌ، فيرجع بالنُّقصان؛ لما بَيَّنّا.

قال: **(ومَن شَرَطَ البراءةَ من كلِّ عيبٍ، فليس له الرَّدُّ أَصلاً)**[2]؛ لأنّه إسقاطٌ، والإسقاطُ لا يفضي إلىٰ المُنازعة، فيجوز مع الجَهالة ، ولو حَدَثَ

---

(١) ونص أن التفوىٰ عليه في الخلاصة والنهاية وغاية البيان وجامع الفصولين والخانية والمجتبىٰ، كما في الدر المختار ورد المحتار ٤: ٨٣.

(٢) لأنَّ البراءة عن الحقوق المجهولة صحيحة؛ لعدم إفضائها إلىٰ المنازعة، كما في اللباب ص٢٤٩، ودليل ذلك: عن أم سلمة رضي الله عنها، قالت: «أتىٰ رجلان النبي ﷺ يتذران في مواريث بينهما ليس لهما بينة، فأمرهما النبي ﷺ أن يقتسما ويتوخيا ثم يستهما وليحلل كل واحد منهما صاحبه» في المستدرك ٤: ١٠٧، وصححه، ومسند أحمد ٦: ٣٢٠، قال الكاساني في بدائع الصنائع ٥: ١٧٣: «فيه دليل علىٰ جواز الإبراء عن الحقوق المجهولة».

Maktaba Tul Ishaat.com

عيبٌ بعد البَيع قبل القَبْض دخل في البراءة عند أبي يوسف خلافاً لمحمّدٍ وزُفرٍ ﷺ؛ لأنّه لم يوجد وقتَ الإبراء، فلا يَتَناوله.

ولأبي يوسف ﷺ: أنّ المقصودَ سقوطُ حَقِّ الفَسْخ بالعَيْب، وذلك بالبَراءةُ عن الموجودِ والحادث.

ولو أبرأه من كلِّ غائلة، قال أبو يوسف ﷺ: هي السَّرقةُ والإباقُ والفُجورُ دون المرض؛ لأنّ الغائلةَ تختصُّ بالفِعْل.

وإن أبرأه من كلِّ داءٍ، قال أبو حنيفة ﷺ: الدَّاءُ ما في الجَوْفِ من طِحالٍ أو كَبدٍ أو فَساد حَيضٍ، وما سوىٰ ذلك يُسمَّىٰ مَرَضاً، وقال أبو يوسف ﷺ: هو المرض.

ولو قال برئت إليك من كلِّ عيبٍ بعينِهِ، فإذا هو أَعور، أو من كلِّ عَيْب بيدِه، فإذا هو أَقطع لا يبرأ؛ لأنّه ليس بعيبٍ بالمَحَلِّ، بل هو عدمُ المَحَلّ.

وعن ابن عمر ﷺ: «باع غلاماً له بثمانمئة درهم وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه لابن عمر ﷺ: بالغلام داء لم تسمه لي، فاختصما إلىٰ عثمان بن عفان ﷺ، فقال الرجل: باعني عبداً وبه داء لم يسمه، وقال عبد الله: بعته بالبراءة، فقضىٰ عثمان بن عفان ﷺ علىٰ ابن عمر ﷺ أن يحلف له لقد باعه العبد وما به داء يعلمه، فأبىٰ عبد الله أن يحلف وارتجع العبد فصح عنده، فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم» في الموطأ ٢: ٦٢٣، ومصنف عبد الرزاق ٨: ١٦٢-١٦٣، وغيرهما، وصححه التهانوي في إعلاء السنن ١٤: ١١٥.

Maktaba Tul Ishaat.com

(وإذا باعه المُشتري ثمّ رَدّ عليه بعيبٍ إن قَبِلَه بقضاءٍ رَدّه على بائعِه)؛ لأنّه فَسْخٌ من الأصل، فجُعِل كأن لم يكن، وهو وإن أَنْكَر فقد صار مُكَذَّباً شَرْعاً، **(وإن قَبِلَه بغير قضاءٍ لم يردّه)**؛ لأنّه بيعٌ جديدٌ في حَقِّ ثالثٍ لوجودِ حدِّه، وهو التَّمليك والتَّملُّك.

وإن رَدَّ عليه بعيبٍ لا يحدثُ مثلُه رَدَّه عليه أيضاً؛ لأنّ الرَّدّ مُتَعيِّنٌ فيه، فيستوي فيه القضاء وعدمه.

قال: **(ويَسْقُطُ الرَّدُّ بما يَسْقطُ به خِيار الشَّرط)**، وقد ذُكِرَت فيه، وذُكِر البعضُ هنا أيضاً.

فصلٌ في التَّلْجِئة

وهي في اللُّغةِ: ما أُلجِئ إليه الإنسانُ بغير اختيارِه، ولما كان هذا العقدُ إنّما يُعْقَدُ عند الضَّرورة، سَمَّوه تَلْجِئة؛ لما فيه من معنى الإكراه[1]، وفيه ثلاثُ مَسائل:

---

(١) بعد أن ذكر الكاساني في البدائع ٥: ١٧٦ صوره قال: «وهو تفسير الهزل»، وفي «الخانية»: «بيع التلجئة هزل»، كما رد المحتار٥: ٢٧٥، ويفصل أحكام الهزل في كتب الأصول على النحو الآتي:
الهزل: وهو أن يرادَ بالشَّيءِ غيرُ ما وُضع له ولا مناسبة بينهما؛ بأن يذكر اللفظ قصداً ولا يراد به معناه الحقيقي ولا المجازي.
والهازل لا يختار الحكم ولا يرضى به، ولكنَّه يرضى بمباشرة السَّبب، إذ التَّلفُّظ إنَّما هو

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

ويُشْهِدُ على ذلك، ثمَّ يبيعُها في الظَّاهر من غير شَرْط، حكى المُعَلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة ﷺ: أنّ العقدَ جائزٌ، وروى مُحمّدٌ في «الإملاء»: أنّه باطلٌ، ولم يحكِ خلافاً، وهو قولُ أبي يوسف ومحمّد ﷺ.

وجه الأولى: أنّهما عقدا عقداً صحيحاً، وما شَرَطاه لم يذكراه فيه، فلا يؤثر فيه، كما إذا اتفقا أن يشرطا شرطاً فاسداً، ثمّ تبايعا من غير شرط.

ووجه الثَّانية: أنّهما اتفقا على أنّهما لم يَقْصدا العَقْد، فصارا كالهازلين، فلا ينعقد.

الثَّانية: أن تكون في البَّدَل بأن يَتَّفقا على ألفٍ في السِّرِّ، ويتبايعا في الظَّاهرِ بألفين، رَوَى المُعَلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة ﷺ: أنَّ الثَّمَنَ ثمنُ العَلانية، وروى محمد في «الإملاء»: أنّ الثَّمنَ ثمنُ السِّرِّ من غير خلافٍ، وهو قولُهما؛ لأنّهما اتفقا أنّهما لم يَقْصدا الأَلْف الزَّائدة، فكأنّهما هَزِلا بها.

وجه الأوّل: أنّ المذكورَ في العقدِ هو، والذي يصحُّ العقدُ به، وما ذكراه سرّاً لم يذكراه حالةَ العقد، فسقَطَ حكمُه.

الثَّالثةُ: اتفقا أنّ الثَّمنَ ألف درهم وتبايعا على مئةِ دينارٍ، قال مُحمّد ﷺ: القياسُ أن يبطل العَقد، والاستحسانُ أن يصحَّ بمئةِ دينار.

وجهُ القياس: أنّ الثمنَ الباطنَ لم يذكراه في العَقْد، والمذكور لم يقصداه، فسقط، فبقي بلا ثَمَن، فلا يصحّ.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

عائشة رضي الله عنها: «لَمَّا أرادت أن تشتري بَريرةَ[١] فأبى مواليها أن يبيعوها إلا بشرطِ أن يكون الوَلاء لهم، فاشترت وشَرَطَت الوَلاء لهم ثمّ أَعْتَقَتْها، وذَكَرَت ذلك لرسول الله ﷺ فأجاز العتق وأبطل الشَّرط»[٢].

فالنبيُّ ﷺ أجاز العِتْقَ مع فَسادِ البَيعِ بالشَّرْط؛ لأنّ رُكنَ التَّمليك، وهو قولُه: بُعْتُ واشتريتُ صدر من أهلِهِ، وهو المكلَّفُ المُخاطبُ مُضافاً إلى محلِّه، وهو المالُ عن ولاية؛ إذ الكلام فيهما، فينعقد لكونه وسيلةً إلى المصالح، والفَساد لمعنى يُجاوره كالبيع وقت النِّداء.

المملوك: كأكل الطعام، وسكنى الدار، فالصحيح أنَّه لا يحل؛ لأنَّ الثابت بهذا البيع ملك خبيثٌ، والملك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع؛ لأنَّه واجب الرَّفع، كما في بدائع الصنائع ٥: ٣٠٤.

(١) وهي بريرة بنت صفوان مولاة عائشة رضي الله عنها، كانت مولاةً لبعضِ بني هلال، فكاتبوها ثمّ باعوها من عائشة، فاشترتها وأعتقتها، وكان اسمُ زوجها مغيثاً، فخيّرها رسول الله ﷺ بخيارِ العتقِ فاختارت فراقه، عاشت إلى خلافة يزيد. ينظر: تهذيب الأسماء واللغات٢: ٣٣٢، والتقريب٦٦٢.

(٢) فعن عائشة رضي الله عنها دخل عليَّ رسول الله ﷺ فذكرت له، فقال ﷺ: «اشتري وأعتقي، فإنَّ الولاءَ لَمن أَعتق، ثمّ قام النَّبيُّ ﷺ من العشي فأَثنى على الله بما هو أهلُه، ثمّ قال: ما بال أناس يشترطون شروطاً ليس في كتاب الله، مَن اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطلٌ، وإن اشترط مئة شرط، وشرط الله أَحقّ وأَوثق» في صحيح البخاري ٢: ٧٥٦.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

قال: (**والباطلُ**[١] **لا يفيدُ الملك**)؛ لأنّ الباطلَ هو الخالي عن العِوَض والفائِدة، (**ويكون أمانةً في يدِه**)[٢] يَهْلَكُ بغيرِ شَيْءٍ، وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه.

وعندهما: يَهْلَكُ بالقيمة؛ لأنّ البائعَ ما رَضِي بقبضِهِ مَجاناً.

وله: أنّه لمّا باع بما ليس بمالٍ، وأَمره بقبضِه، فقد رَضِي بقبضِهِ بغيرِ بدل ماليٍّ، فلا يُضْمَنُ كالمودَع.

قال: (**وبيعُ الميتة والدَّم والخَمْر والخِنْزير والحُرِّ وأمِّ الولد**[٣] .....

---

(١) وهو كل بيع فاته شرط من شرائط الانعقاد من الأهلية والمحلية وغيرهما، فهو الذي لا يكون صحيحاً بأصله ووصفه، كما في بدائع الصنائع ٥: ٣٠٥.

(٢) هذا قول أبي نصر بن أحمد الطواويسي، ورواية الحسن عن أبي حنيفة، كما ي فتح القدير ٦: ٤٤، وبه أخذت مجلة الأحكام العدلية المادة ٣٧٠.

والقول الثاني: أن مضمون بالقيمة، وهذا قول شمس الأئمة السرخسي، وهو رواية ابن سماعة عن محمد، وقيل: هذا قولهما، ونصّ عيه الفقيه أبو الليث، وقيل: وعليه الفتوى، كما في العناية ٦: ٤٤، البدائع ٥: ٣٠٥.

(٣) فعن عبيدة رضي الله عنه، قال علي رضي الله عنه: «اجتمع رأيي ورأي عمر على أنَّ أمهات الأولاد لا يبعن، قال: ثم رأيت بعد أن تباع في دين سيدها، وأن تعتق من نصيب ولدها، فقلت: رأيك ورأي عمر في الجماعة أحب إلي من رأيك في الفرقة» في المدخل إلى السنن ١: ٦٠، ومصنف عبد الرزاق ٧: ٢٩١.

وعن نافع قال: «سئل ابن عمر رضي الله عنه: عن بيع أم الولد وقيل له: إنَّ ابن الزبير قد رخَّص في ذلك، فقال: لكن عمر رضي الله عنه نهى أن يبعنَ أو يوهبنَ أو يُورَثْنَ» في مسند ابن الجعد ١: ٤٠٠، وسنن الدارقطني ١: ١٣٤، وسنن سعيد بن منصور ٢: ٦٢، وغيرها.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

وكذا الجمع بين دَنَّيْن أحدُهما خَلٌّ والآخرُ خَمرٌ، ومتروكُ التَّسمية كالميتة.

وإذا لم يكن الحرُّ والميتةُ مالاً لا يُقابلُهما شيءٌ من الثَّمن، فيبقى العبدُ والذَّكيّةُ مجهولةَ الثَّمن؛ ولأنّ القَبولَ في الحُرّ والميتةِ شرطٌ للبَيْع في العبد والذَّكية، وأنّه باطلٌ.

وقال أبو يوسف ومحمّد ﷺ: إن سَمَّى لكلِّ واحدٍ منهما ثَمَناً جاز في العبد والذَّكيّة كالجمع بين أُخته وأَجنبية في النِّكاح.

قُلنا: النِّكاحُ لا يَبْطل بالشُّروط المفسدة، ولا كذلك البيع.

قال: (**وبيعُ المكاتَبِ باطلٌ**)؛ لأنّه استحقُّ جهة حريّة، وهو ثبوتُ يدِه على نفسه، (**إلا أن يجيزَه فيجوز**)؛ لأنه إذا أجازه، فكأنّه عَجَّزَ نفسَه، فيعود قِنّاً فيجوز بيعُه.

قال: (**وبيعُ السَّمَك والطَّير قبل صيدِهما، والآبقِ والحَمْل والنَّتاج، واللَّبَن في الضِّرع، والصُّوف على الظَّهر، واللَّحْم في الشَّاة، وجِذْعٍ في سَقْفٍ، وثَوْب من ثَوْبَين فاسدٌ**).

أمّا السَّمكُ والطَّيرُ فلعدم الملك.

ولو كان السَّمكُ مُجتمعاً فيه أَجَمةٍ إن اجتمع بغير صنعِهِ لا يجوز؛ لعدم الملك، وإن اجتمع بصنعِهِ إن قدر على أَخْذِه من غير اصطياد جاز؛ لأنّه ملكه ويقدرُ على تسليمِه، وللمشتري خِيار الرُّؤية، وإن لم يقدر عليه إلا بالاصطياد لا يجوز.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

وعن أبي يوسف ﷺ: أنّه يجوز قياساً على شجر الخِلَاف[1].

قُلنا: شجر الخِلاف يَنْبُتُ من أعلاه، فتكون الزِّيادة في ملك المشتري، والصَّوف ينبت من أسفله، فيحدث على ملك البائع فيختلطان.

وأمّا اللَّحمُ في الشَّاة والجِذْعُ في السَّقف، فلا يُمكنُ تسليمُه إلا بضرر لا يُسْتَحَقُّ عليه.

وكذلك ذِراعٌ في ثَوْبٍ وحِلْيةٌ في سَيْفٍ، وإن قَلَعَه وسَلَّمَه قَبْلَ نَقْض البَيع جاز، وليس للمُشْتري الامتناع، وهذا بخلاف ما إذا باعه ذِراعاً من كِرْباس وعشرةِ دراهم من هذه النُّقْرة حيث يجوز؛ لأنّه لا ضَرَر فيه.

على ظهر، ولا لبن في ضرع» في سنن الدارقطني ٣: ١٤، وسنن البيهقي الكبير ٥: ٣٤٠، وقال: تفرد برفعه عمر بن فروخ وليس بالقوي، وقد أرسله عنه وكيع ورواه غيره موقوفاً، وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٣: ٦: وقد وثقه بن معين وغيره، قال البيهقي ٥: ٣٤٠: ورواه وكيع مرسلاً، وهو المحفوظ، وقال ابن حجر٣: ٦: وكذا أخرجه أبو داود أيضاً من طريق أبي إسحاق عن عكرمة، وكذا أخرجه الشافعي من وجه آخر عن بن عباس، وليس في رواية وكيع المرسلة ذكر اللبن، وأخرجه الطبراني في الأوسط من رواية عمر المذكور، وقال: لا يروى عن النبي ﷺ إلا بهذا الإسناد، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ٤: ١٠٢: النهي عن بيع الثمرة في الصحيح رواه الطبراني في الأوسط ورجاله ثقات.

(١) أي شجر الصفصاف، كما في المعجم الوسيط١: ٥١٦.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

البائع أو يقرضَه المشتري دراهم أو ثوباً على أن يخيطَه البائعُ، فهو فاسدٌ)؛ لأنّه ﷺ «نهى عن بَيْع وشَرْط»[1].

والجملةُ في ذلك أنّ البيعَ بالشَّرط ثلاثة أنواع:

١.نوعٌ: البيعُ والشَّرْطُ جائزان، وهو كلُّ شَرْطٍ يقتضيه العقدُ ويلائمُه، كما إذا اشترى جاريةً على أن يستخدَمها، أو طَعاماً على أن يأكلَه أو دابّة على أن يركبَها.

ولو اشترى أَمةً على أن يَطأها، فهو فاسدٌ؛ لأنّ فيه نَفْعاً للبائع؛ لأنّه يَمْتنعُ به الرَّدِّ بالعَيْب، وقالا: لا يَفسد؛ لأنّه شرطٌ يقتضيه العقد، وجوابُه ما قلنا.

٢.ونوعٌ: كلاهما فاسدان، وهو كلُّ شَرْطٍ لا يَقْتَضيه العَقْدُ ولا يُلائمُه، وفيه مَنْفعةٌ لأحدِ المُتَعاقدين، وهو ما مَرّ من الشُّروطِ في هذه المَسائلِ ونحوها، أو للمُعقود عليه إذا كان من أهل الاستحقاق: كعِتْق العَبد، فلو أَعْتقه انقلب جائزاً، فيجب الثَّمنُ عند أبي حنيفة ﷺ؛ لأنّه يَنْتَهي به، والشَّيء يتأكّدُ بانتهائه، وعندهما: تجب القيمةُ، وهو فاسدٌ على حالِه؛ لأنّ به تقرَّرَ الشَّرط الفاسد.

٣.ونوعٌ: البَيْعُ جائزٌ، والشَّرْطُ باطلٌ، وهو كلُّ شَرْطٍ لا يقتضيه العقد،

---

(١) سبق تخريجه فعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ﷺ في مسند أبي حنيفة ص١٦٠.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

وقالا : يجوز بيع بيضِه والسَّلَم فيه كيلاً في حينِه؛ لأنه بِزْرٌ يتولَّد منه ما يُنْتَفَعُ به، وصار كبِزْر البَطِّيخ.

وقال أبو حنيفة ﷺ: لا يجوز بيعُه؛ لأنّه لا يُنْتَفعُ بعينِه، وكان محمّدٌ ﷺ يُضَمِّنُ مَن قَتَلَ دودَ القَزِّ بناءً على جَواز بيعِه، ولا يُضَمِّنُه أبو حنيفة ﷺ بناء على عدم جَوازه.

قال: (**والبَيْعُ إلى النَّيروز**[1] **والمهرجان وصَوْم النَّصارى وفطر اليهود إذا جَهلا ذلك فاسدٌ**)[2]؛ لأنّ الجَهالة مُفضية إلى المُنازعة، وإن عَلِما ذاك جاز كالأَهلّة.

ولو اشترى إلى فطر النَّصارى وقد دخلوا في الصَّوم جاز؛ لأنّه معلومٌ، وقبل دخولهم لا يجوز لأنّه مجهولٌ.

قال: (**والبيعُ إلى الحَصاد والقِطاف والدِّياس وقُدوُم الحاج فاسدٌ**)؛ للجَهالة؛ لأنّها تتقدَّم وتتأخَّر.

---

(١) النيروز: أول يوم من الربيع، والمهرجان: أول يوم من الخريف، اللباب ٢: ٢٨.

(٢) معناه: تأجيل الثمن إلى هذه الأيام فاسد إذا لم يعرف المتبايعان مقدار ذلك الزمان؛ لجهالة الأجل المفضية إلى النزاع؛ لابتناء المبايعة على المماكسة ـ أي المجادلة في النقصان ـ، والمماكسة موجودة في المبايعة إلى هذا الأجل، فتكون الجهالة فيه مفضية إلى النزاع، ومثلها يُفسد البيع، كما في الهداية ٦: ٤٥٢-٤٥٣.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

(وكذا بيعُ الحاضر للبادي)؛ لقوله ﷺ: «لا يَبيعُ حاضر لباد»[١]، وهو أن يجلب البادي السَّلعة، فيأخُذَها الحاضرُ ليبيعَها له بعد وقتٍ بأَغْلَىٰ من السِّعر الموجودِ وقتَ الجَلْب.

وكراهته لما فيه من الضَّرر بأهل البلد، حتىٰ لو لم يضرّ لا بأس به؛ لما فيه من نفع البادي من غير تضرّر غيره.

(وكذا السَّوْمُ على سَوْم أخيه)؛ قال ﷺ: «لا يستام الرَّجل علىٰ سَوْم أخيه»[٢]، وهو أن يرضى المتعاقدان بالبَيْع ويستقرّ الثَّمن بينهما، ولم يَبْقَ إلا العقد، فيَزيدُ عليه، ويُبْطِلُ بيعُه.

٧٠، وقال في «البحر»: هذا القول الصحيح، وقيل: العبرة للأذان الثاني الذي يكون بين يدين المنبر؛ لأنَّه لم يكن في زمنه ﷺ إلا هو، وهو ضعيف؛ لأنَّه لو اعتبر في وجوب السعي لم يتمكن من السنة القبلية، ومن الاستماع، بل ربما يخشىٰ عليه فوات الجمعة، كما في إعلاء السنن ١٤: ٢٣٤.

(١) فعن ابن عباس ﷺ، قال ﷺ: «لا تَلقَّوُا الركبان، ولا يبع حاضر لباد»، فقيل لابن عباس ﷺ: ما قوله: لا يبع حاضر لباد؟ قال: لا يكون له سمساراً، في صحيح البخاري ٢: ٧٩٥، وصحيح مسلم ٣: ١١٥٧.

وعن أنس ﷺ: «نهينا عن أن يبيع حاضر لباد» في صحيح مسلم ٣: ١١٥٨.

(٢) فعن أبي هريرة ﷺ: «أنّ رسول الله ﷺ نهىٰ أن يستام الرجل علىٰ سوم أخيه» في صحيح مسلم٣: ١١٥٥.

وعنه ﷺ قال ﷺ: «لا يخطب الرجل علىٰ خطبة أخيه ولا يسوم علىٰ سوم أخيه» في صحيح مسلم٢: ١٠٢٩.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

تَناجشوا»[١].

(**ويجوز البيع**) في هذه المسائل كلِّها؛ لأنّ النَّهيَ ليس في معنى العقد وشرائطه، بل لمعنى خارج، فيجوز.

قال: (**ومَن مَلَك صَغيرين أو صَغيراً وكبيراً أحدُهما ذو رَحِم مَحْرَم من الآخر كُرِهَ له أن يُفرِّق بينَهما**)، قال ﷺ: «مَن فَرَّق بين والدةٍ وولدِها فرَّقَ اللهُ بينَه وبينَ أَحِبَتَه في الجَنّة»[٢]، وقال ﷺ: «لا تجمعوا عليهم السَّبْيَ والتَّفريقَ حتى يَبْلغَ الغُلامُ وتحيضَ الجاريةُ»[٣]، ولأنّ الكبيرَ يُشفق على الصَّغير ويَرَبِّيه، والصَّغيران يتآلفان فيتضرَّران بالتَّفريق، ووهب ﷺ لعليّ ﷺ أخوين صغيرين ثم سأله عنهما، فقال: بعتُ أحدهما، فقال ﷺ: «بِعْهما أو رُدّهما»[٤]، وفي رواية: «اذهَبْ فاستردَّه».

وعن ابن مسعود ﷺ، قال ﷺ: «أنَّه نهى عن تلقي البيوع» في صحيح البخاري ٢: ٧٥٩، وصحيح مسلم ٣: ١١٥٦.

(١) فعن عن ابن عمر ﷺ: «إنَّ رسول الله ﷺ نهى عن النَّجَش» في صحيح البخاري ٢: ٧٥٣، وصحيح مسلم ٣: ١١٥٦، وصحيح ابن حبان ١١: ٣٤٢.

(٢) فعن أبي أيوب ﷺ، قال ﷺ: «من فرَّق بين والدة وولدها فرَّق الله بينه وبين أَحِبَّتَه يوم القيامة» في سنن الترمذي ٤: ١٣٤، وحسنه، والمستدرك٢: ٦٣.

(٣) فعن عبادة بن الصامت ﷺ: «نهى رسول الله ﷺ أن يفرق بين الأم وولدها، فقيل: يا رسول الله إلى متى؟ قال: حتى يبلغ الغلام، وتحيض الجارية» في المستدرك٢: ٨٤، وصححه، وسنن الدارقطني٤: ٣٣، وسنن البيهقي الكبير٩: ٢١٦.

(٤) فعن علي ﷺ، قال: «قدم النبي ﷺ سبي فأمرني ببيع أَخوين فبعتهما، وفَرَّقتُ بينهما،

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

ووجه ما تقدَّم من حديث عليّ ﷺ «أَمَره ﷺ بالرَدِّ»(١)، وهو دليلٌ عدم الجواز.

ورُوِي أنّه ﷺ: «رأى في السَّبايا امرأةً وَلْهاء(٢)، فسأل عنها، فقيل: بيعَ ولدُها، فأمرهم بالرَّدِّ»(٣)، وذلك يدلّ على عدم الجواز.

وكذلك تعليقُه الوَعيد بالتَّفريق في الحَديث الأَوّل يدلُّ على حرمةِ التَّفريق.

ولنا: أنّه باع ملكَه بَيْعاً جامعاً شرائط الصِّحّة فيجوز، والنَّهيُ لمعنى خارج عن العَقْد، وهو ما يَلْحَق الصَّبيَّ من الضَّرر فلا يُفْسِدُه: كالبَيْع عند النِّداء، فأوجب الكَراهة والإثم.

وله أن يدفعَه في الدَّينِ والجِناية، ويَردَّه بالعَيْبِ بعد القَبْض؛ لأنّ التَّفريقَ مكروهٌ، وإيفاءُ الحُقوق واجبٌ.

ولا يُكرَه عِتْقُ أحدِهما ولا كِتابَتُه؛ لأنّ نفعَه في ذلك أكثر من تضرُّره بالتَّفريق، فكان أولى.

---

(١) سبقه تخريجه قبل أسطر.

(٢) الْوَلَهُ: ذَهَابُ الْعَقْلِ وَالتَّحَيُّرُ مِنْ شِدَّةِ الْوَجْدِ، كما في مختار الصحاح ص٣٤٥.

(٣) فعن عبد الله بن الحسن، قال: «أقبل زيد بن حارثة برقيق من اليمن، واحتاج إلى نفقة ينفق عليهم، فباع غلاماً من الرقيق بأربعمائة، فلما قدم على النبي ﷺ وبصر بالأمر، فقال: ما لي أرى هذه والهة؟، قال: احتجنا إلى نفقة، فبعنا أماً لها فأمره أن يرجع فيردّه» في مسند أبي حنيفة١: ١٧٢.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

يأتمن البائع في خَبَرِهِ معتمداً على قولِه[١]، فيَجب على البائع التَّنزُّه عن الخِيانة، والتَّجَنُّبُ عن الكَذِب؛ لئلا يقع المشتري في بَخْسٍ وغُرُور، فإذا ظَهَرَت الخِيانةُ يَرُدُّ أو يَختار على ما يأتيك إن شاء الله؛ لوجود شرائطها، وقد تعامَلَها النَّاسُ من لَدُنِ الصَّدْرِ الأَوَّل إلى يومنا هذا.

وقد صَحّ: «أنّه ﷺ لما أراد الهجرة قال لأبي بكر ﷺ، وقد اشترى بعيرين ولِّني أحدَهما»[٢]، وللنَّاس حاجةٌ إلى ذلك؛ لأنّ فيهم مَن لا يَعْرِفُ قِيمةَ الأشياءَ، فيستعين بمَن يَعْرِفُها ويَطيبُ قَلْبُه بما اشتراه وزيادة، ولهذا كان

في الطعام قبل أن يستوفي، ولا بأس بالشركة في الطعام قبل أن يستوف» في مراسيل أبي داود ص١٧٨، قال الأرنؤوط: محمد بن إبراهيم البزار: ثقة، ومن فوقه من رجال الشيخين.

(١) فائدةَ هذا البيع: أنَّ الغبيَ يعتمد على فعل الذكي، فيطلب نفسه بمثل ما اشترى به هو، أو بمثله مع فضل، وهذا المعنى إنَّما يظهر في ذوات الأمثال دون ذوات القيم كالأشياء المتفاوتة كالحيوانات والجواهر؛ لأنَّ ذوات القيم قد تطلب بصورتها من غير اعتبار ماليتها، ولأنَّ قيمتها مجهولة؛ لأنَّلا يمكن معرفتها حقيقة، ومبنى هذا البيع على الأمانة، فلا يجوز بيعه مرابحة إلا إذا كان المشتري يملك ذلك البدل من البائع بسبب من الأسباب، كما في شرح الوقاية ص٥٣٨، ومجمع الأنهر ٢: ٧٤-٧٥.

(٢) فعن عائشة رضي الله عنها في حديث الهجرة: قال أبو بكر ﷺ: «خذ بأبي أنت يا رسول الله إحدى راحلتي هاتين، قال رسول الله ﷺ: بالثمن» في صحيح البخاري ٣: ١٤١٩، وصحيح ابن حبان ١٤: ١٨٠، ومسند أحمد ٦: ١٩٨، وفي لفظ: «لا أركب بعيراً ليس لي، قال: هي لك يا رسول الله، قال: لا، ولكن بالثمن الذي ابتعتها به، قال:

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

والثَّمَنُ الأوّلُ هو ما عَقَدَ به لا ما نَقَدَ، فإن اشترىٰ بدراهم فدفع بها ثَوْباً، فالثَّمَن دراهم.

ولا بُدّ أن يكون الرِّبحُ أو الوَضِيعةُ مَعْلوماً؛ لئلا يؤدِّي إلىٰ الجَهالةِ والمُنازعة، فلو باعه بربح: «دَهْ يازْدَه»[1]؛ لا يجوز إلا أن يعلمَ بالثَّمنِ في المجلس؛ لأنّه مجهولٌ قبله.

ولو كان المَبيعُ مِثْليّاً، فله بيعُ نصفِه مُرابحةً بحصَّتِه.

ولو كان ثوباً أو نحوَه لا يبيع جزءاً منه؛ لأنّه لا يُمكن تسليمُه إلا بضرر.

قال: **(ويجوز أن يضمَّ إلى الثَّمَن الأَوَّل أُجرةَ الصَّبغ والطِّرَاز[2] وحَمْلِ الطَّعام والسِّمسارِ وسائقِ الغنم ويقول: قامَ عليَّ بكذا.**

ولا يَضُمُّ نفقتَه وأُجْرةَ الرَّاعي والطَّبيبَ والمُعَلِّمَ والرَّائضَ وجُعْلَ الآبق وكِرَاهُ)، وأصلُه أنَّ كلَّ ما تَعارف التُّجار إلحاقَه برأس المال يُلْحَقُ به، وما لا فلا.

وقد جَرَت العادة بالقسم الأَوَّلِ دونَ الثَّاني، وما تَزْدادُ به قيمةُ المبيع أو عَيْنُه يُلْحقُ به، وأنّه موجودٌ في القَسْمِ الأَوَّلِ.

---

(١) أي العشرة بأحد عشر لم يجز إلا أن يعلم بالثمن في المجلس فيخير، كما الدر المختار٥: ١٣٥.

(٢) الطِّرَاز: عَلَم الثوب، كما في المغرب ص٢٨٩.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

وله: أنّ المنافع بينهم متحدةٌ، فكأنّه اشتراه من نفسِهِ، ولأنّ العادةَ جاريةٌ بالتَّسامح والمُحاباة بين هؤلاء في المعاملات، فيجب البَيان كما لو اشتراه من عبدِه.

قال: (**فإنْ عَلِمَ بخِيانةٍ في التَّوْليةِ أَسْقَطَها من الثَّمن**)، وهو القياس في الوَضَعية.

(**وفي المُرابَحةِ إن شاء أَخَذَه بجميع الثَّمَن، وإن شاء رَدَّه**) وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه.

وقال أبو يوسف رضي الله عنه: يَحُطُّ فيهما، وحِصَّة الخِيانةِ من الرِّبح[1].

وقال محمّدٌ رضي الله عنه: يُخيَّر فيهما؛ لأنّه فاته وصفٌ مَرْغوب في الثَّمن، فيَتَخَيَّر كوصف السَّلامة.

ولأبي يوسف رضي الله عنه: أنّه بَيْعٌ تعلَّق بمِثْل الثَّمن الأَوّل، فإنّه يَنْعَقِدُ بقوله: ولَّيتُك بالثَّمَن الأَوَّل، وبِعْتُك مُرابحةً أو مُواضعةً على الثَّمَن الأَوَّل، وقَدْر الخِيانة لم يكن في الثَّمن الأَوَّل فيُحَطُّ.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: إنّ إثباتَ الزِّيادة في المُرابحة لا تُبْطل معناها، إلا أنّه

---

(١) بيان الحط في المرابحة على قول أبي يوسف: إذا باع ثوباً بعشرة على ربح خمسة، ثم ظهر أنه اشتراه بثمانية، فإنّه يحطُّ قدر الخيانة من الأصل، وهو الخمس، وذلك درهمان، وما قابله من الرِّبح، وهو درهمٌ، فيأخذ الثَّوب باثني عشر درهماً، كما في الجوهرة١: ٢١٠، والبحر٦: ١٢٠.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

والأصلُ في تحريمِهِ قوله تعالى: {وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا}[البقرة: ٢٧٥]، وقوله: {لاَ تَأْكُلُواْ الرِّبَا} [آل عمران: ١٣٠]، والحديث المشهور، وهو قوله ﷺ: «الذَّهبُ بالذَّهب مثلاً بمِثْلٍ وَزْناً بوَزْنٍ يَدَاً بِيَدٍ، والفَضْلُ رباً، والحِنْطةُ بالحِنْطةِ مثلاً بمِثْلٍ كَيْلاً بكَيْلٍ يَدَاً بِيَدٍ، والفَضْلُ رباً، والشَّعيرُ بالشَّعير مِثْلاً بمِثْل كَيْلاً بكَيْلٍ يَدَاً بيدٍ، والفَضْلُ رباً، والتَّمْرُ بالتَّمْرِ مِثْلاً بمِثْلٍ، كَيْلاً بكيلٍ يَدَاً بِيَدٍ، والفَضْلُ رباً، والملح بالملح مثلاً بمِثْل كَيْلا بكَيْل يداً بيدٍ، والفَضْل رباً»[1].

وأجمعت الأَمّةُ على تَعَدِّي الحُكم منها إلى غيرها إلا ما يُروَى عن عثمان

---

(١) فعن أبي سعيد الخدري ﷺ، قال ﷺ: «الذهب بالذهب مثلاً بمثل، والفضل ربا، والفضة بالفضة وزناً بوزن، والفضل رباً، والتمر بالتمر مثلا بمثل، والفضل رباً، والشعير بالشعير مثلاً بمثل، والفضل رباً، والملح بالملح مثلاً بمثل، والفضل رباً» ، وفي رواية: «الذهب بالذهب وزناً بوزن يداً بيد، والفضل رباً، والحنطة بالحنطة كيلاً بكيل يداً بيد، والفضلُ رباً، والتمر بالتمر، والملح بالملح كيلاً بكيل، والفضل رباً» في مسند أبي حنيفة ص١٩٦، والآثار لأبي يوسف ص١٨٣.

وعن ابن مسعود ﷺ، قال ﷺ: «لعن آكل الربا، وموكله، وشاهديه، وكاتبه» في صحيح ابن حبان ١١: ٣٩٩، ومسند أبي عوانة ٣: ٣٩٥، وجامع الترمذي ٣: ٥١٢، وصححه، وسنن ابن ماجة ٢: ٧٦٢، ومصنف عبد الرزاق ٦: ٢٦٩، وغيرها.

وعن عبد الله بن حنظلة ﷺ، قال ﷺ: «درهم ربا يأكله الرجل وهو يعلم أشد من ست وثلاثين زنية» في مسند أحمد ٥: ٢٢٥، ومسند البزار ٨: ٣٠٩، وسنن الدارقطني ٣: ١٦، والأحاديث المختارة ٩: ٢٦٧.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

١٠٠ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

(وإذا وُجد أحدُهما خاصّة حَلَّ التَّفاضلُ وحَرُمَ النَّساء)[١]، أمّا إذا وُجد المعيارُ وعُدِمَ الجنسُ كالحنطة بالشَّعير والذَّهب بالفِضّة، فلقوله ﷺ: «إذا

---

(١) أنواع الربا:

الأول: ربا الفضل: وهو فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال، فيخرج بالتعريف: فضل غير المتجانسين: كرطل من قمح برطلين من شعير؛ لأنَّ فيه عوض لصرف الجنس إلى خلاف الجنس.

وعلته: القدر مع الجنس، ومعنى القدر: أي الكيل في المكيل، والوزن في الموزون، فيحرم بيع الكيلي والوزني بجنسه متفاضلاً: كالحص من المكيلات، والحديد من الموزونات.

الثاني: ربا النسيئة: هو بيع ما وجد فيه الجنس أو القدر بلا قبض، أو القرض المشروط فيه الأجل وزيادة مال على المستقرض، والمقصود بالقبض هو الحقيقة في الصرف، وفيما يتعين بالتعيين هو تعيينه..

وعلّته: وهي الجنس أو القدر؛ لأنَّ اجتماعهما حقيقة العلة، فيكون لأحدهما شبهة العلة، فيحرم بحقيقة العلّة حقيقة الفضل ـ وهو القدر ـ; لأنَّه تفاضل حقيقة، ويحرم بشبهة العلة شبهة الفضل، وهو النَّساء; لأنّه يشبه الفضل، فليس بتفاضل حقيقة إعمالاً للدليل بقدره.

ويحرم النَّساء بالجنس والقدر وإن كان مع التَّساوي: كمئة كيلو قمح بمئة كيلو قمح أحدهما حال والآخر مؤجل ـ أي نسيئة ـ.

ويحرم النَّساء فقط بالجنس كبيع قلمين بقلم بلا قبض: أي تعيين، أو بالقدر: كبيع مئةٍ كيلو قمح بمئةِ كيلو شعير بلا قبض: أي تعيين.

ويحلُّ النَّساء بعدم الجنس والقدر كبيع فرس بمئةِ دينارٍ فلا يُشترط القبض؛ لعدم العلّة الموجبة للحرمة، كما في تبيين الحقائق ٤: ٨٨، و شرح الوقاية ص٥٤٥.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

وَرَدَ على عادتهم[1]، فتعتبر العادة، وما لا نَصَّ فيه يُعْتبرُ فيه العُرْف؛ لأنّه من الدَّلائل الشَّرعيّة.

قال: (**وعَقْدُ الصَّرْفِ يُعْتَبَرُ فيه قبضُ عِوَضيه في المجلس**)؛ لقوله ﷺ:

وإنّما ورد النَّص بجواز بيعها متساوية، وهذه الأصناف الأربعة طريقة تقديرها في ذلك الزمان هي الكيل، فكان الكيلُ هو الوسيلة؛ لتحقيق المساواة التي طلبها الشَّارع، ولمّا كانت هذه الطَّريقة هي الشَّائعة في ذلك الزَّمان، ولم يُعرف غيرها في التقدير في هذه الأصناف وجدنا أبا حنيفة ومحمداً اقتصروا عليها كأداة وحيدة للتقدير في هذه الأصناف، ولم يعتبروا غيرها؛ لقوّة العرف في ذلك.

ويدل على صحة هذا الفهم الخلاف في المسألة مع أبي يوسف، فلو كانت النّصوص جازمة بأنّها مكيلة أو موزونة لما خالف أبو يوسف فيها، ولم يحصل من خلاف عند المذاهب الأخرى في علة الربا فيها، حيث لم يعتبروا الكيل والوزن، وإنما اعتبروا معاني أخرى الطعم والادخار، فكلّ هذا دلّ على أنها مسألة فهم واجتهاد، وليست مسألة نصّ جازم لا يجوز لنا تركه، كما يُفهم من كلام الشَّرّاح المنقول.

(١) فالبحث فيها هل النص مقصود بنفسه أو معلل، فعند أبي يوسف: معلل، وعندهما: غير معلل، فالمسألة ليست مسألة نصّ وعرف، بحيث يُترك أحدهما للآخر؛ لأنه لم يكن العرف يزاحم النصّ أصلاً؛ لأنّ الأحكام الشَّرعية لا تؤخذ إلا من الشارع الحكيم، ولا تؤخذ مطلقاً من العرف، وإنما يراعى العرف عند تطبيق الحكم الشرعي من الله ﷻ، فيكون العرف معرف ومرشد لصلاحية الحكم بتوفر علّة النصّ وعدم توفرها، وليس البحث أبداً في منافسة بين حكم الشارع وحكم العرف؛ لأنّ الحكم لا يكون إلا من الشارع، والعرف يساعدنا في فهمه وتطبيقه لا غير.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

قال: (**ولا يجوز بَيْعُ الحِنْطةِ بالدَّقيق ولا بالسَّويق ولا بالنِّخالة، ولا الدَّقيق بالسَّويق**)، والأصلُ فيه: أنّ شبهةَ الرِّبا وشبهةَ الجَنْسيّة مُلْحقةً بالحقيقةِ في باب الرِّبا احتياطاً للحُرْمة، وهذه الأشياءُ جنسٌ واحدٌ نظراً إلى الأصل، والمخلصُ هو التَّساوي في الكَيْل، وأنّه مُتَعَذِّرٌ لانكباس الدَّقيق في المِكيال أكثر من غيره، وإذا عُدِم المَخْلَصُ حَرُمَ البَيْع.

وكذا لا تجوز المَقَليّةُ بغير المَقْلِيّة ولا بالسَّويق والدَّقيق، ولا المَطْبوخةُ بغير المَطْبوخة؛ لتَعَذُّر التَّساوي بينهما بفعل العبد، وفِعْلُه لا يُؤثر في إسقاطِ ما شُرِطَ عليه.

ويجوز بيعُ المَبْلولة بمِثْلِها وباليابسةِ، والرَّطْبة بمِثْلِها وباليابسة؛ لأنّ التَّفاوتَ بينهما بصنع الله تعالى فيجوز.

وأمّا المَبْلولةُ؛ فلأنّها في الأصل خُلِقت نَدِيّةً، فالبِلُّ يُعيدُها إلى ما خُلِقت عليه كأنّها لم تتغيَّر، فصارت كالسَّليمةِ بالمُسَوِّسةِ[1]، والعَلِكة[2] بالرَّخْوة.

وقال أبو يوسف ومُحمّد ﷺ: يجوز بيعُ الدَّقيق بالسَّويق؛ لأنّهما جِنسان نَظَراً إلى اختلاف المقصود، وجوابُه ما بَيَّنا، ولأنّ مُعْظَمَ المَقْصود التَّغذِّي، وهو يشملُهما.

---

(١) الحنطةُ المسوسة المدودة يُقال: سوّس الطَّعام إذا دوَّد من السُّوس، كما البناية٦: ٢٦٥.

(٢) الحنطة العَلِكة الجيدة، وقال ابن دريد: طعام علك تبين المضغة، وهي التي تكون كالعلك من صلابتها بتمدِّد من غير انقطاع، كما في البناية٦: ٢٦٥.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

١٠٨ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

ولهما: أنّه باع مَوْزوناً بعدديٍّ، ولا يُعرف ما فيه من اللَّحْم بالوَزْن؛ لأنّ الحيوانَ يُخِفُّ نفسَه في الميزان مَرّةً ويُثقلُها أُخرىٰ، بخلاف الزِّيت والزَّيتون؛ لأنّ ذلك يُعرف عند أهل الخُبْرة به فافترقا.

قال: (**ويجوز بيع الكِرْباس بالقُطْن**)؛ لاختلاف الجنس باعتبار المقصود والمعيار، ولا خلاف فيه.

والقُطْنُ بالغَزْل يجوز عند مُحمّد رضي الله عنه؛ لما ذكرنا[1]، خلافاً لأبي يوسف رضي الله عنه للمجانسة، والفتوىٰ[2] علىٰ قول مُحمّد رضي الله عنه.

قال: (**ولا يجوز بَيْعُ الزَّيت بالزَّيتون، ولا السِّمْسِم بالشَّيْرَج، إلا بطريق الاعتبار**) تَحَرُّزاً عن الرِّبا وشبهتِه[3].

---

(١) اختلفوا في جواز بيع القطن بغزله متساوياً، فقيل: لا يجوز؛ لأنّ القطنَ ينقص بالغزل، فهو نظير الحنطة بالدَّقيق، وقيل: يجوز؛ لأنّ أصلَهما واحدٌ، فكلاهما موزون، وإن خرجا عن الوَزْن أو خرج أحدهما من الوزن لا بأس ببيع واحدٍ باثنين، كذا في «فتاوىٰ قاضي خان»، وبيع الغَزْل بالثَّوب جائزٌ، والكرباس بالقطن جائز، كيفما كان بالإجماع، كما في العناية٧: ٣٤.

(٢) ورجحه في مجمع الأنهر٢: ٨٧، والبحر٦: ١٤٤، وفي الحاوي، والتنوير٥: ١٨١: وهو الأصح.

(٣) ليكون قدره بمثله، والزائد بالثَّجير؛ لاتحاد الجنس بينهما معنىً باعتبار ما في ضمنهما، وإن اختلفا صورة، فيثبت بذلك شبهة المجانسة، والربا يثبت بالشبهة، فلو لم يكن الدهن الخالص أكثر من الذي في الآخر كان الثجير بلا عوض يقابله فيحرم، ولو

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

بالنسبة إلينا لا بالنسبة إلى المجتهد؛ ولأنَّ مال الحربي ليس بمعصوم، بل هو مباح في نفسه وقد طَيَّبَ نفسَ الكافر بما أعطاه، إلا أنَّ المسلم المستأمن منع من تملُّكه من غير رضاه؛ لما فيه من الغدر والخيانة فإذا بذَّله باختياره ورضاه فقد زال هذا المعنى فكان الأخذَ استيلاءً على مال مباح غير مملوك وإنَّه مشروع مفيد للملك، كالاستيلاء على الحطب والحشيش، كما في المبسوط ١٤: ٥٩، والبدائع ٥: ١٩٢.

إذا تمهَّد لك ما سَبَقَ فلا تَغْتَرَ بجوازِ ذلك في عصرنا؛ لأنَّ كبار علماء الحنفية قالوا بعدم جواز العقود الفاسدة بين المسلم والحربي في دار الكفر؛ لكثرة ما يترتب عليها من الضرر الظاهر؛ لأنَّ كثيراً من البلاد الكافرة يتوطَّن فيها آلاف، بل ملايين من المسلمين، ويقيمون فيها إقامة دائمة، ويلحقهم ضرر عظيم بالتعاملات الربوية وغيرها، كما أنَّ أموالَ المسلمين صارت في بنوكِ الغربيين فيتقوَّون بها علينا.

بسبب ذلك وغيره تظافرت فتاوى كبار علماء المذهب بالفتوى على قول أبي يوسف ﵁، قال التهانوي في إعلاء السنن ١٤: ٤١٤: «فلا شك في كون التوقي عن الربا ولو مع الحربي في دار الحرب أحسن وأحوط وأزكى وأحرى خروجاً من الخلاف، وهو الذي ذهب إليه شيخنا حكيم الأمة، وأفتى به، واختاره ترجيحاً لقول أبي يوسف والجمهور ﵃».

وأجاب العثماني في بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص٣٤٦ عن شراء منزل أو سيارة أو غيرها من البنوك الربوية في أوروبا وأمريكا، فقال: «إنَّ المعاملة المذكورة غير جائزة؛ لاشتمالها على الربا الحرام شرعاً، وينبغي للمسلمين وعددهم غير قليل أن يجتهدوا لإيجاد بدائل هذه المعاملة الموافقة للشريعة الإسلامية، بأن يكون البنك نفسه هو البائع بتقسيط، ويزيد في ثمن البيوت وغيرها عن الثمن المعروف، فيشتريها من الباعة، ويبيعها إلى زبائنها بربح مناسب، وينبغي أن تطرح هذه المسألة على لجنة مستقلة تكون

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

واصطلاحاً: هو بيع الشيء على أن يكون ديناً بالشرائط المعتبرة شرعاً.

فهو أخذ عاجل بآجل، وسمِّي هذا العقد به؛ لكونه معجّلاً على وقته، كما في شرح الوقاية ص٥٥٣، وتبيين الحقائق ٤: ١١٠.

ومقوماته: مُسَلَّمٌ فيه: وهو المبيع، ورأس المال: وهو الثمن، ومُسَلَّم إليه: وهو البائع، ورب السَّلم: وهو المشتري، كما في شرح الوقاية ص٥٥٣.

وشرائط السلم:

الأول: شرائط رأس المال خاصة:

١. بيان جنسه؛ كدراهم، أو دنانير، أو حنطة، أو تمر.

٢. بيان نوعه؛ كما إذا كان في البلد نقود مختلفة فنقول: دينار أردني.

٣. بيان صفته؛ كجيد، أو وسط، أو رديء.

٤. بيان قدره، إذا كان مما تعلق العقد بقدره من المكيلات والموزونات.

٥. أن يكون مقبوضاً في مجلس السلم، وهذا شرط بقاء السلم.

٦. بيان مكان إيفاء الثمن إن كان لحمله مؤنة.

ثانياً: شرائط المسلم فيه خاصة:

١. أن يكون معلوم الجنس: كحنطة أو شعير أو تمر.

٢. أن يكون معلوم النوع: كتمر إماراتي أو عراقي.

٣. أن يكون معلوم الصفة: كجيد، أو وسط، أو رديء.

٤. أن يكون معلوم القدر بكيل أو وزن أو ذرع يؤمن عليه فقده عن أيدي الناس.

٥. أن يكون مما يمكن أن يضبطَ قدرَه وصفتَه بالوصفِ على وجهٍ لا يبقى بعد الوصف إلا تفاوتٌ يسير.

٦. أن يكون موجوداً من وقت العقد إلى وقت الأجل.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

وأمّا السَّنّة قوله ﷺ: «مَن أَسْلَمَ منكم، فَلْيُسْلِّم في كَيْل مَعْلومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلومٍ، إلى أَجَلٍ مَعْلومٍ»(١).

ورُوِي أنّه ﷺ «نَهَى عن بَيْع ما لَيْسَ عند الإنسان»(٢)، و«رَخَّصَ في السَّلم»(٣).

وعليه الإجماع.

ويُسمَّى بَيْع المَفاليس شُرع لحاجتهم إلى رأسِ المال؛ لأنّ أغلبَ مَن يَعْقِدَه مَن لا يكون المُسَلَّمُ فيه في ملكه؛ لأنّه لو كان في مُلْكِهِ يَبِيعُه بأَوْفَر الثَّمنين، فلا يحتاج إلى السَّلَم.

أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ} [البقرة: ٢٨٢]» في المستدرك ٢: ٣١٤، وصححه، وسنن البيهقي الكبير ٦: ١٨، والمعجم الكبير ١٢: ٢٠٥.

(١) فعن ابن عباس ﷺ، قال ﷺ: «مَن أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» في صحيح مسلم ٣: ١٢٢٦، وصحيح البخاري ٢: ٧٨١.

(٢) فعن حكيم بن حزام ﷺ، قال: «يا رسول الله، يأتيني الرَّجل فيُريد مني البَيْع ليس عندي أفأبتاعه له من السُّوق؟ فقال: لا تَبِع ما ليس عندك» في سنن أبي داود٣: ٢٨٣، وسنن الترمذي٣: ٤٢٦، وسنن ابن ماجة٢: ٧٣٧.

(٣) ورد بمعناه في أحاديث السلم، ومنها: عن ابن أبي أوفى ﷺ، قال: «إنا كنا نسلف على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر ﷺفي الحنطة والشعير والزبيب والتمر» في صحيح البخاري ٢: ٧٨٢، وسنن أبي داود ٣: ٢٧٥.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

ولا يجوز في الخبز؛ لتفاوته تَفاوتاً فاحشاً بالشَّخانة والرِّقّة والنُّضج، ويجوز عندهما، وهو المُختار[١]؛ لحاجة النَّاس.

ولا يجوز استقراضه عند أبي حنيفة؛ لتفاوته عدداً من حيث الخِفّة والثِّقل، ووزناً من حيث الصَّنعة.

وعند أبي يوسف ﷺ: يجوز وَزْناً لا عَدَداً؛ لأنّ الوَزْن أعدل[٢].

وعند مُحَمَّد: يجوز بهما، وهو المختار[٣]؛ لتعامل النَّاس به وحاجتُهم إليه.

قال: (**وشرائطه: تسميةُ الجِنس والنَّوع والوَصْفِ والأَجل والقَدْر، ومكانِ الإيفاء إن كان له حملٌ ومؤونةٌ، وقدرِ رأسِ المالِ في المكيل والمَوْزونِ**

الرأس، كما في معجم الفقهاء١: ٣٧٠.

(١) جوازه نسيئةً هذا عند أبي يوسف، ونص في الوقاية ص٥٤٧، على أنَّه مفتى به، وفي التبيين ٤: ٩٥: لا يصح نسيئة على الأصح؛ لما ذكر ابن رستم في نوادره: أنَّ على قول أبي حنيفةَ ﷺ ومحمّد ﷺ لا يصحُّ السلمُ في الخبزِ لا وزناً ولا عدداً؛ لأنَّه يتفاوتُ بالعجن، والنضج، ويكون منه الثقيلُ والخفيف؛ ولهذه العلّةِ أفسد أبو حنيفةَ استقراضه؛ لأنَّ السلمَ أوسعُ باباً من القرض، حتى جازَ السلمُ في الثياب، ولم يجزِ القرضُ فيها، كما في كمال الدراية ق٤١٢-٤١٣.

(٢) في الوقاية: «ويستقرضُ الخبزَ وزناً لا عدداً عند أبي يوسف، وبه يُفْتَى».

(٣) اختار صاحب التنوير ص١٣٦ رأي محمد، واستحسنه ابن الهمام في فتح القدير٦: ١٧٦، وأقرّه صاحب الشرنبلالية٢: ١٨٩، وقال صاحب الدر المختار٤: ١٨٧: وعليه الفتوى، وابن عابدين في رد المحتار٤: ١٨٧.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

١٢٠ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

١٢٢ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

وهذا مَطَّردٌ إلا في الأَثمان، فإنّه يجوز إسلامُها في الوَزْنيات ضرورةً لحاجة النَّاس، ولأنّ الأثمانَ تُخالف غيرها من الوَزْنيات في صِفةِ الوَزْن؛ لأنّها تُوزن بصَنْجات الدَّراهم والدَّنانير، وغيرها يُوزَنُ بالأَرْطال والأَمْنان، والأَثْمانُ لا تتعيَّنُ بالتَّعيين، وغيرُها يَتَعيَّن فلم يجمعهما أحُد وَصْفي العِلّة من كلِّ وجهٍ، فجاز إسلام أحدهما في الآخر.

ولو أَسْلَم مَكيلاً في مَكيل ومَوْزونٍ ولم يُبَيِّن حِصّة كلِّ واحدٍ منهما، كما إذا أسلم كُرَّ حِنطةٍ في كُرِّ شَعير وعَشْرة أَرْطال زيت، فإنّه يَبْطلُ في الكلّ.

وقالا: يجوز في حِصّة المَوْزون بناءً على أنّ الصَّفقة مَتَى فَسَدَت في البَعض فسدت في الكُلِّ عنده، وعندهما يفسدُ بقدر المُفْسد؛ لأنّه وُجِد في البعض، فيَقْتَصِرُ عليه، كما إذا باع عبدين أحدُهما مُدبَّرٌ.

وله: أنّه فسادٌ قويٌّ تَمكّن في صُلْب العَقْد، فيَشيع في الكُلّ، كما إذا ظَهَرَ أحد العبدين حرّاً أو أحد الدَّنَيْن خَمْراً، بخلاف المُدَبَّر، فإنّ حُرمةَ بيعه ليس مجمعاً عليه.

ولا يجوز السَّلَمُ في ما لا يَتَعيّن بالتّعيين: كالدَّراهم والدَّنانير؛ لأنَّ البَيْع بهما يجوز نسيئةً، فلا حاجة إلى السَّلَم فيهما، وهل يجوز في التِّبْر؟ فيه روايتان.

ويجوز في الحُلِيِّ؛ لأنّه يتعيّنُ.

وفي الفلوس عندهما خلافاً لمُحمّد ﷺ، وقد مَرّ.

فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد» في صحيح مسلم٣: ١٢١١.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

قال: **(ولا في الجَوْهَر)**؛ لتفاوت آحادها تفاوتاً فاحشاً، حتى لو لم تتفاوت كصِغار اللؤلؤ الذي يُباع وَزْناً، قالوا: يجوز؛ لأنّه وَزْنِيٌّ.

قال: **(ولا في الحَيْوان ولحمِه وأطرافِه وجلودِه)**؛ لأنّه ﷺ «نَهَى عن السَّلَم في الحَيَوان»[١]؛ لأنّه مما يتفاوت آحاده تَفاوتاً فاحشاً باعتبار معانيه الباطنة، وذلك يُوجِبُ التَّفاوت في الماليّة، فيُؤدّي إلى النِّزاع.

وأمّا اللَّحْمُ فمذهب أبي حنيفة ﷺ، وقالا[٢]: إذا سَمَّى من اللَّحْمِ مَوْضعاً معلوماً بصِفةٍ مَعْلومةٍ جاز؛ لأنّه وزنِيٌّ مَعْلوم القدر والصِّفة فيجوز.

وله: أنّه يَتَفاوت تَفاوتاً فاحِشاً بكبر العِظَم وصِغَره، فعلى هذا يجوز في مَنْزوع العَظم، وهي روايةُ الحَسَن ﷺ، ويتفاوت بالسِّمَن والهُزال أيضاً، فعَلَى هذا لا يجوز أصلاً[٣]، وهو رواية ابنِ شُجاع[٤].

---

(١) فعن ابن عبّاس ﷺ: «إنَّ رسول الله ﷺ نهى عن السَّلف في الحيوان» في المستدرك ٢: ٦٥، وصححه، وسنن الدارقطني ٣: ٧١، وسنن البيهقي الكبير ٦: ٢٢، ومصنف عبد الرزاق ٨: ٢٣، ومسند ابن الجعد ١: ٤٩.

(٢) في «الحقائق والعيون»: والفتوى على قولهما، كما في البناية٨: ٣٤١.

(٣) وصححها في الهداية٨: ٣٤١.

(٤) وهو محمد بن شجاع الثَّلْجِيّ، أبو عبد الله، كان فقيه العراق في وقته، والمقدم في الفقه والحديث مع ورع وعبادة، من مؤلفاته: «تصحيح الآثار»، و«النوادر»، و«المضاربة»، (ت٢٦٦هـ). ينظر: الفوائد ص٢٨١-٢٨٢، والعبر٢: ٣٣.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

وفي الكِبار عن أبي حنيفة ﷺ روايتان[١]، المختار[٢] الجَواز، وهو قولهما؛ لأنّ السِّمَن والهُزال غيرُ معتبر فيه عادةً. وقيل[٣]: الخِلاف في لحم الكِبار منه.

قال: **(ولا يَصِحُّ بمكيالٍ بعينِه لا يُعْرَفُ مِقدارُه)**؛ لأنّه رُبّما هَلَكَ المِكيال قبل حلول الأجل، فيَعْجَزُ عن التَّسليم.

وكذا ذِراعٌ بعَيْنِهِ، أو وَزْنُ حَجَرٍ بعَيْنِهِ.

ولا بُدّ أن يكون المِكيال ممَّا لا يَنْقَبِضُ ويَنْبَسِطُ كالخَشَبِ والحديدِ؛ ليكون معلوماً، فلا يُؤدي إلى النِّزاع.

أمّا ما يَنْقَبِضُ ويَنْبَسِطُ كالجِرابِ والزَّنْبيل[٤] يَزْدادُ ويَنْتَقِصُ فيُؤدي إلى النِّزاع.

كان في بلدٍ لا ينقطعُ جازَ مطلقاً، فأمَّا المليح فإنّه يدَّخرُ ويباعُ في الأسواقِ فلا ينقطعُ حتى لو كان ينطقعُ في بعضِ الأحيانِ لا يجوز، كما في رد المحتار٤: ٢٠٤.

(١) في رواية: لا يجوز طرياً كان أو مالحاً: كالسلم في اللحم؛ لاختلافها بالسِّمَن والهُزال كاللحم، وفي رواية: يجوز كيف ما كان وزناً؛ لأنّ التَّفاوت بين سَمينه ومَهزوله لا يُعَدُّ تَفاوتا عادةً لقلّته، كما في البدائع٥: ٢١١.

(٢) مشى عليه في رد المحتار٥: ٢١١.

(٣) عن أبي حنيفة: في الكبار التي تقطع كما يقطع اللحم لا يجوز السَّلَم في لحمها اعتباراً بالسَّلَم في اللحم، «فتح»، كما في رد المحتار٥: ٢١١.

(٤) الزِّنْبيل: الجراب، وقيل: الوعاء يحمل فيه، والجمع زنابيل، ، كما في اللسان٣: ١٨٠٨.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

١٣٠ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

١٣٢ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

(وللصَّانع بيعُه قَبْلَ الرُّؤية)؛ لأنّه ملكُه، والعقدُ لم يقع على هذا بعينِه، فإذا رآه المُسْتَصْنِع ورَضِي به لم يَكن للصَّانع بَيْعُه؛ لأنّه تَعَيّن.

ثمّ إنّما يجوز فيما جَرَت به العادة من أواني الصُّفْر والنُّحاس والزُّجاج والعِيدان والخِفاف والقَلانس والأَوْعية من الأُدُم والمَنَاطق[1] وجميع الأسلحة.

ولا يجوز فيما لا تَعامَلَ فيه كالجِباب ونَسْج الثِّياب؛ لأنَّ المُجوِّز له هو التَّعامل على ما مَرّ، فيَقْتَصِرُ عليه.

قال: **(وإن ضَرَبَ له أَجلاً صار سَلَماً)**، فيُشترط له شرائط السَّلَم.

وقالا: لا يصيرُ سَلَماً؛ لأنّه استصناعٌ حقيقةً[2]، فبضرب الأَجل لا يَصير سَلَماً، كما لا يَصيرُ السَّلَمُ استصناعاً بحذف الأجل.

أنَّ العمل يقع على الصفة المشروطة أو لا، فلم يكن الامتناع منه إضراراً بصاحبه، فثبت الخيار، واختارت مجلة الأحكام العدلية قول أبي يوسف، وينظر: البدائع ٥: ٣-٤ والوقاية ص٥٦١، وشرح الأتاسي ٢: ٤٠٦، وغيرها.

(١) النِطاق والمِنْطَق: كلُّ ما تشدُّ به وسْطَك، كما ي المغرب٢: ٣١٠.

(٢) فهو استصناع على كل حال ضرب فيه أجلاً أو لم يضرب، ولو ضرب للاستصناع فيما لا يجوز فيه الاستصناع: كالثياب ونحوها أجلاً، ينقلب سلما في قولهما جميعاً؛ لأنَّ العادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع، وإنَّما يقصد به تعجيل العمل لا تأخير المطالبة، فلا يخرج به عن كونه استصناعاً، أو يقال: قد يقصد بضرب الأجل تأخير المطالبة، وقد يقصد به تعجيل العمل، فلا يخرج العقد عن موضوعه، مع الشك

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

يَداً بِيَدٍ).

والأصل فيه قوله ﷺ: «الذهب بالذهب مِثْلاً بمِثْلٍ، يَداً بِيَدٍ، والفَضْل رباً، والفضّة بالفضّة مِثْلاً بمِثْلٍ يَداً بِيَدٍ والفَضْل رباً»[١]؛ ولقول عُمر رضي الله عنه: «وإن اسْتَنْظَرَك إلى وراءِ السَّارية، فلا تُنْظره»[٢]، ولأنّه لا بُدّ من قبض أحد العِوَضين؛ ليخرج من بَيْع الكَالئ بالكَالئ[٣]، وليس أحدُهما أَوْلى من الآخر فيقبضان، ولأنّه إذا قَبَضَ أحدَهما يجب قبضُ الآخر تحقيقاً للمُساواة.

والمُعتبرُ في ذلك المُفارقة بالأبدان، حتى لو تَصارفا وسارا عن مجلسهما كثيراً ثم تقابضا جاز ما لم يَفْترقا، وكذلك مجلسُ عَقْد السَّلَم.

ولو تَصارفا ووكلا بالقَبْض، فالمعتبرُ تفرُّقُ العاقدين لا تفرُّق الوَكيلين.

---

(١) فعن عبادة بن الصامت رضي الله عنه، قال ﷺ: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة...مِثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد...» في صحيح مسلم ٣: ١٢١١.

وعن أبي سعيد الخُدْرِي رضي الله عنه، قال ﷺ: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مِثلاً بمثل، ولا تشفّوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الوَرِقَ بالوَرِق إلا مِثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها غائباً بناجز» في صحيح البخاري ٢: ٧٦١، وصحيح مسلم ٣: ١٢٠٨.

(٢) فعن ابن عمر رضي الله عنه، قال عمر رضي الله عنه: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مِثلاً بمثل، ولا تبيعوا الوَرِقَ بالوَرِق إلا مِثلاً بمثل، ولا تبيعوا الوَرِقَ بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز، وإن استنظرك حتى يلج بيته فلا تنظره، إني أخاف عليكم الربا» في الموطأ٢: ٦٣٤، وسنن البيهقي الكبير ٥: ٢٨٤.

(٣) أي بيع الدين بالدين، كما سبق.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

وتعتبر في الدَّراهم والدَّنانير الغَلَبة كما تقدَّم في الزَّكاة، فإن تَساويا، فهي كالجِياد في الصَّرْف احتياطاً للحُرْمة.

قال: **(ويجوز بيعُ أحدِهما بالآخر مُتفاضلاً ومُجازفةً مقابضةً)**؛ لقوله ﷺ: «إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يَداً بِيَدٍ»(١)، وقال ﷺ: «الذهب بالورق رباً إلا هاء(٢) وهاء»(٣)، ولو افترقا قبل القبض بطل العقد لفوات الشَّرْط.

---

(١) سبقه تخريجه ابن الصامت ﷺ: «إذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد» في صحيح مسلم٣: ١٢١١

(٢) وأصله: هاك؛ بمعنى خذ، فأبدلت الكاف همزة، والمعنى: أن يقول كل مِن المتعاقدين لصاحبه: خذ، فيتقابضا في المجلس، والحديث دليل على اشتراط التقابض في مجلس الصرف وإن اختلف جنس البدلين، كما في تكملة فتح الملهم ١: ٥٩١

(٣) فعن مالك بن أوس ﷺ أنَّه قال: «أقبلت أقول مَن يصطرف الدراهم، فقال طلحة بن عبيد الله وهو عند عمر بن الخطاب ﷺ: أرنا ذهبك ثم ائتنا إذا جاء خادمنا نعطك وَرِقَكَ، فقال عمر بن الخطاب: كلا والله لتعطيه وَرِقَهُ أو لتردنّ إليه ذهبه، فإنَّ رسول الله ﷺ قال: الوَرِق بالذهب رباً إلا هاء وهاء...» في صحيح مسلم ٣: ١٢٠٩، وسنن الترمذي ٣: ٥٤٥.

وعن أبي المنهال ﷺ، قال: «باع شريك لي ورقاً بنسيئة إلى الحجّ، فجاء إليّ فأخبرني، فقلت: هذا أمر لا يصلح، قال: قد بعته في السُّوق فلم ينكر ذلك عليّ أحد، فأتيت البراء بن عازب ﷺ فسألته، فقال: قدم النبي ﷺ المدينة ونحن نبيع هذا البيع، فقال: ما كان يداً بيد فلا بأس به، وما كان نسيئةً فهو رباً، وائت زيد بن أرقم ﷺ فإنّه أعظم تجارة

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

قال: **(ومَن باعَ سَيْفاً مُحَلًّى بثمن أكثر من قَدْر الحِلْية جاز)**، ومُرادُه إذا كان الثَّمنُ من جنس الحِلْيةِ جاز؛ لتكون الحِلْيةُ بمِثْلِها، والزِّيادةُ بالنَّصل والحَمائل والجِفْن، وإن كان مِثْلُها أو أَقلّ لا يجوز؛ لأنّه رِباً، وإن كان بخلاف جنسها جاز كيف كان لجواز التَّفاضل على ما بيّنّا.

(ولا بُدّ من قَبْض قَدْر الحِلْية قبل الافتراق)؛ لأنّه صَرْفٌ، ولو اشتراه بعشرين دِرهماً، والحِلْيةُ عشرةُ دَراهم فقَبَضَ منها عشرةَ، فهي حِصّةُ الحِلية وإن لم يُعيّنها حَمْلاً لتصرُّفِه على الصِّحّة.

وكذا إذا قال: خُذْها من ثمنها؛ لأنّ قصدَه الصِّحّة، وقد يُراد بالاثنين أحدهما كقوله تعالى: {يَخْرُجُ مِنْهُمَا اللُّؤْلُؤُ وَالْمَرْجَان}، [الرحمن : ٢٢].

وكذا إن اشتراه بعشرين عُشرةٌ نَقْداً وعشرةٌ نسيئةً، فالنَّقْدُ حِصّةُ الحِلْية؛ لما تقدّم، فإن افترقا لا عن قَبْضٍ بَطَلَ البَيْعُ فيهما إن كانت الحِلْيةُ لا تتخلَّصُ إلا بضرر: كجِذْعٍ في سَقْفٍ، وإن كانت تتخَلَّصُ جاز في السَّيف وبَطَلَ في الحِلْية كالطَّوْق في عُنق الجارية، وقُس على هذا جميع أَمْثالها.

قال: **(وإن باعَ إناءَ فضّةٍ أو قطعةَ نُقْرَةٍ[1] فقَبَضَ بعضَ الثَّمن، ثمّ افترقا صار شركة بينهما)**، فيكون للمُشتري فيه بقدر ما نَقَدَ من الثَّمن، ولا خِيار له؛ لأنّ العَيْبَ جاء من قبلِه حيث لم يَنْقُد جميع الثَّمن.

(فإن استُحِقَّ بعضُ الإناء، فإن شاء المُشتري أخذ الباقي بحِصَّتِه، وإن شاء ردّه)؛ لأنّ الشَّركةَ عيبٌ في الإناء.

---

(١) النُّقْرة: القطعةُ المُذابة من الفضة، وقيل الذوب هي تِبْر، كما في المصباح ص٦٢١.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

ولأبي حنيفة ﷺ: أنّ ثَمَنيّةَ الفُلُوس بالاصطلاح، فيَهْلَكُ بالكَساد، فيَبْقَى المبيعُ بلا ثَمَن فيَبْطُل، فيَرُدُّ المبيعُ أو قيمَتُه إن كان هالكاً.

قال: **(ومَن أَعْطى صَيْرَفيّاً دِرهماً، وقال: أَعْطِني به فُلُوساً ونِصْفاً إلا حِبّةً جاز)**[1]، ويُصْرَفُ النِّصف إلا حبّةً إلى مِثْلِهِ من الدَّرهم، والباقي إلى الفُلُوس تصحيحاً لتصرّفهما، وقد تقدّم جِنْسُهُ، والله أعلم.

لأنَّها إذا غلت أو رخصت قبل القبض كان المبيع على حاله إجماعاً، ولا خيار لواحد منهما، ويطالب بنقد ذلك المعيار الذي كان وقت البيع، كما في الفتح ٧: ١٥٤، واللباب ١: ٢١٧.

(١) لأنَّه قابل الدرهم بنصف درهم فلوس وبنصف درهم إلا حبة من الفضة، فيكون نصف درهم إلا حبة بمقابلة الفضة ونصف درهم وحبة بمقابلة الفلوس، ولو قال أعطني بنصفه فلوساً وبنصفه نصفاً إلا حبة بطل في الكل على قياس قول أبي حنيفة ﷺ، وعندهما: صحّ البيع في الفلوس وبطل فيما يقابل الفضة؛ لأنَّ الفساد عندهما عند التفصيل يتقدر بقدر المفسد، وعنده: يفسد، وأصل الخلاف: أنَّ العقدَ يتكرَّر عنده بتكرار اللفظ، وعندهما بتفصيل الثمن، حتى لو قال: أعطني بنصفه فلوساً وأعطني بنصفه نصفاً إلا حبةً جاز في الفلوس، وبطل في الفضة بالإجماع، كما في التبيين ٤: ١٤٥.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

والشُّفْعَة في العقار؛ لأنّها ضَمُّ ملكِ البائع إلى ملكِ الشَّفيع، وهي تثبتُ للشَّفيع بالثَّمن الذي بيع به رَضِي المُتبايعان أو سخطا، ولهذا المعنى كانت على خلافِ القِياس، إلا أنّا استحسنا ثبوتها بالنَّصّ، وهو قوله ﷺ: «الجار أَحَقُّ بشُفعته»(١) رواه جابر ﷺ، .....

٣.معاوضة عين المال بعين المال، فلا تجب فيما ليس بعين المال كالمنافع.

٤.أن يكون المبيع عقاراً، وما هو بمعناه، سواء كان العقار مما يحتمل القسمة، أو لا يحتملها: كالحمام، والرحى.

٥.زوال ملك البائع عن المبيع؛ لأنَّ الشفيع يملك المبيع على المشتري بمثل ما ملك به، فإذا لم يزل ملك البائع استحال تملك المشتري.

٦.زوال حقّ البائع؛ فلا تجب الشفعة في المشترى شراءً فاسداً.

٧.أن يكون الشفيع مالكاً العقار المشفوع به وقت البيع، ويشترط بقاء هذه الملكية إلى زمن الأخذ بالشفعة بالتراضي أو بقضاء القاضي.

٨.أن لا تكون الدَّار المشفوعة ملكاً للشفيع وقت البيع، فإن كانت لم تجب الشفعة لاستحالة تملك الإنسان مال نفسه.

٩.عدم الرِّضا من الشَّفيع بالبيع وحكمه، فإن رضي بالبيع أو بحكمه، فلا شفعة له، كما في مرشد الحيران ١: ٨٤، وبدائع الصنائع ٥: ١٥، ودرر الحكام ٢: ٧٥١.

(١) فعن جابر ﷺ، قال ﷺ: «الجار أحقّ بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً» في سنن أبي داود ٣: ٢٨٦، وسنن ابن ماجه ٢: ٨٣٣، ومصنف ابن أبي شيبة ٤: ٥١٨، وشرح معاني الآثار ٤: ١٢٠، وقال التهانوي في إعلاء السنن ١٧: ٩، ١٤: «رجاله ثقات، ولم يتفرد به الملك، بل روى البخاري ومسلم معناه».

وعن جابر ﷺ قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كلّ شركة لم تقسم رَبْعَةٍ أو حائطٍ،

Maktaba Tul Ishaat.com

وقال ﷺ: «جار الدَّار أحقُّ بشُفعةِ الدَّار»(١)، وكان أبو بكر الرَّازي ﷺ يُنكر هذا القول ويقول: وجوب الشُّفعة مجمع عليه أصل من الأصول المقطوع بها لا يُقال: إنّه استحسان.

قال: **(ولا شُفْعةَ إلا في العَقار)**؛ لقوله ﷺ: «لا شُفْعةَ إلا في رَبْع(٢) أو حائط(٣)»(٤)؛ ولأنّ الشُّفْعةَ وَجَبَت في العَقار لدفع ضَرر الدَّخيل فيما هو متصلٌ

لا يحلّ له أن يبيعَ حتىٰ يؤذن شريكَه، فإن شاء أخذ وإن شاء تَرَكَ، فإذا باع ولم يُؤذنه فهو أحقُّ به» في صحيح مسلم ٣: ١٢٢٩.

(١) فعن سمرة ﷺ، قال ﷺ: «جار الدار أحق بشفعة الدار» في المعجم الكبير٧: ١٩٦، وبلفظ:«جارُ الدار أَحقّ بدار الجار أو الأرض» في سنن أبي داود ٣: ٢٨٦، وسنن الترمذي٣: ٦٤٢، وصحيح ابن حبان١١: ٥٨٥.

(٢) رَبْع: أي دار، كما في المغرب١: ٣١٧.

(٣) الحائِط: البستان، وأصله ما أحاط به، كما في المغرب١: ٢٣٤.

(٤) فعن جابر ﷺ، قال ﷺ: «الشُّفعة في كل شرك، في أرض، أو رَبْع، أو حائط، لا يصلح أن يبيع حتىٰ يعرض علىٰ شريكه، فيأخذ أو يدع، فإن أبىٰ، فشريكه أحقُّ به حتىٰ يؤذنه»» في صحيح مسلم ٣: ١٢٢٩، وسنن النسائي ٧: ٣٢٠.

وعن جابر ﷺ، قال ﷺ: «لا شفعة إلا في ربع ـ أي دار ـ أو حائط، ولا ينبغي له أن يبيعَ حتىٰ يستأمر صاحبَه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك»، أخرجه البزار، وقال : لا نعلم أحداً يرويه بهذا اللفظ إلا جابر ﷺ، وقال الحافظ في الدراية٢: ٢٠٣: رجاله أثبات، كما في إعلاء السنن ١٧: ٣-٤.

وعن أبي هريرة ﷺ، قال ﷺ: «لا شفعة إلا في دار أو عقار» في سنن البيهقي الكبير ٦: ١٠٩، وقال في تلخيص الحبير: سنده جيد، كما في إعلاء السنن ١٧: ٤.

Maktaba Tul Ishaat.com

على الدَّوام على ما نُبَيِّنُه إن شاء الله تعالى، والمَنْقُول ليس كذلك؛ لأنّه لا يدوم دوام العَقار، فلا يُلْحَقُ به.

(وتجبُ في العَقار سَواءٌ كان مما يُقْسَمُ): كالدُّور والحَوانيت والقُرى **(أو ممّا لا يُقْسَم)**: كالبئرِ والرَّحَى والطَّريق؛ لأنّ النُّصوص المُوجبة للشُّفعة لا تفصل، وسببها الملك المتصل، والمعنى وَجَبَت له دَفْعُ ضَرر الدَّخيل، وذلك لا يختلف في النَّوعين، وقال ﷺ: «الشُّفعة في كلِّ شِرْك رَبْع أو حائط»[1].

(وتجب إذا مُلِكَ العَقار بعوضٍ هو مال)، حتى لو مَلَكَه بعوض ليس بمال كالنِّكاح والخُلْع والإجارة والصُّلْح عن دم العَمْد لا تجب الشُّفْعة.

وكذا لو مَلَكَه لا بعوض: كالهبةِ والوَصيّة والصَّدقة والإرث؛ لأنّ الشَّفيعَ إنّما يأخذها بمِثْل ما أَخذها به الدَّخيل أو بقيمَتِهِ، وهذه الأشياء لا مِثْلَ لها ولا قيمةَ.

---

(١) سبق تخريجه بل أسطر.

وأما ما روي عن جابر ﷺ، قال ﷺ: «إنَّما جعل النبي ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» في صحيح البخاري٢: ٨٨٣، معناه: فإذا وقعت الحدود فتباينت وصرفت الطرق فتباعدت فلا شفعة، أو لا شفعة مع وجود من لم ينفصل حده وطريقه، أو فلا شفعة بالقسمة، كما في بدائع الصنائع ٥: ٥، قال الزيلعي في التبيين٥: ٢٤٠: «والمراد بما روي والله أعلم أنَّها لا تجب للجار بقسمة الشركاء؛ لأنَّهم أحقّ منه وحقّه متأخر عن حقّهم، وبذلك يحصل التوفيق بين الأحاديث».

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

في الهِبة، حتى لو باع الشَّفيع ما يُشْفَعُ به قَبْلَ ذلك الطَّلَب بعد الطَّلب بطلَتْ شُفْعَتُه.

وكذا لو مات في هذه الحالةِ بَطَلَت ولا تُورَثُ.

قال: **(والمسلمُ والذِّميُّ والمأذونُ والمُكاتَبُ ومُعْتَق البَعض سواءٌ)**؛ لعموم النُّصوص، ولأنّ السَّببَ موجودٌ، وهو الاتصال، والمعنى يشملُهم، وهو دفعُ الضَّرر.

قال: **(وتجب للخليط في نفس المبيع، ثم في حقِّ المَبيع، ثمّ للجار)**.

أمّا الخَليط[1]؛ فلقوله ﷺ: «الشُّفعةُ لشريك لم يُقاسم»[2].

وأمّا في حقّ المبيع[3]؛ فلقوله ﷺ: «جار الدَّار أحقّ بشُفْعة الدَّار

---

(١) الخليط في نفس المبيع: وهو الشريكُ في ملكِ المبيع، بأن يكون للشفيع حصة شائعة فيه قليلة كانت أو كثيرة، فإن كانت له حصّة مفرزة عن العقار فلا يكون شريكاً فيه، والعقار يطلق على الأرض أو على البناء مع الأرض، فالاشتراك في البناء فقط لا يثبت له هذا النوع من الشفعة، كما في مرشد الحيران ١: ٧٦، ودرر الحكام ٢: ٧٥٣.

(٢) فعن عن جابر رضي الله عنه، قال ﷺ: «إنَّما جُعِل النَّبيُّ ﷺ الشَّفعة في كلّ ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصُرفت الطُّرق فلا شفعة» في صحيح البخاري٢: ٨٨٣، وصحيح ابن حبان ١١: ٥٩٢.

(٣) الخليط في حق المبيع: شريك في حقوق الملك: وهو عبارة عن الشركة في حق الشرب الخاص: كنهر لا تجري فيه السفن، أو الطريق الخاص، سواء كان خاصاً بدار واحدة أو بمجموعة دور مفتوحة أبوابها في زقاق غير نافذ، فإذا بيعت دار في زقاق غير

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

ولقوله ﷺ: «الجار أحقّ بسَقَبه»(١): أي بسبب قُرْبه. ورُوي أنه قيل: «يا رسول الله، ما سَقَبُه؟ قال: شُفْعَتُه»(٢)؛ ولأنّها تثبت لدفع ضرر الجار من حيث إيقادُ النَّار، وإثارةُ الغُبار، وإعلاءُ الجدار.

وتجب على ما ذكرنا من التَّرتيب؛ لقوله ﷺ: «الشَّريك أحقُّ من الخَليط، والخليطُ أَحقّ من غيره»(٣)، وفي رواية: «والخَليطُ أحقُّ من الجار»(٤)، فالشَّريُك في الرَّقبة، والخَليط في الحقوق، ولأنّ الشَّريك أَخَصُّ بالضَّرر، ثمّ الخليط، ثم الجار؛ لأنّ الشَّريكَ شاركَهما في المعنى وزَاد، وكذلك الخَليط شاركَ الجار، وزاد عليه، فيترجّح؛ لقوَّة السَّبب.

---

(١) فعن أبي رافع مولى النبي ﷺ: «الجار أحق بسَقَبه» في صحيح البخاري ٢: ٧٨٧، وسنن الترمذي ٢: ٦٥٢، وسنن أبي داود ٣: ٢٨٦.

وعن جابر ﷺ أن النبي ﷺ: «قضى بالشفعة بالجوار» في الجوهر النقي٦: ١٠٧، وقال: سند صحيح.

(٢) فعن م الشريد ﷺ، قال ﷺ: «المرء أولى بسقبه» قال: فقلت لعمرو: ما سقبه؟ قال: شفعته» في مسند أبي داود الطيالسي٢: ٦٠٢.

(٣) فعن شريح: «الخليط أحق من الشفيع، والشفيع أحق ممن سواه» في مصنف عبد الرزاق٨: ٧٨.

وعن الشعبي: «الخليط أحق من الشفيع، والشفيعُ أحقّ من الجار، والجار أحق ممن سواه» في مصنف ابن أبي شيبة١١: ٥٣٨،

(٤) فعن الشَّعبي ﷺ، قال ﷺ: «الشَّفيعُ أولى من الجار، والجار أولى من الجنب» في مصنف عبد الرزاق٨: ٧٩، ومصنف ابن أبي شيبة١١: ٥٣٧، وجودوا هذا المرسل، كما في الإخبار٢: ١٨٥.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

١٥٢ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

كلَّ واحدٍ منهما خصمٌ: البائع باليدِ والمشتري بالملك، وإن شاءَ عند المَبيع لتعلُّق الحَقِّ به، وهو أن يقول: إنّ فلاناً باع هذه الدَّار ويذكر حُدُودَها الأربعة، وأنا شَفيعُها طَلَبْتُ شفعتَها، وأطلبها الآن، فاشهدوا عليَّ بذلك.

وإن كان البائع قد سلّمها لا يجوز الإشهاد عليه؛ لأنّه لم يَبْقَ خَصْماً، فإذا فعل ذلك لا يَثْبُتُ.

(**ولا تسقطُ بالتَّأخير**)، وعن أبي يوسف ﷺ: إن تركَه مجلساً أو مجلسين من مجالس الحُكم بَطَل.

وعنه: ثلاثةُ أيّام؛ لأنّه دليلُ الإعراض.

وقدَّره مُحمّدٌ ﷺ بشَهْر؛ لأنّ المشتري يتضرَّر بالتَّأخير لنقص تَصَرُّفاته، فقدَّره بالشَّهر؛ لأنّه أقلّ الآجل وأكثر العاجل، ومرادُهما إذا ترك لغير عذر.

ولأبي حنيفة ﷺ: أنّه حقّ ثبت، فلا يسقطُ بالتَّأخير كسائر الحقوق، وضرر المشتري يُمكن دفعُه بالمُرافعة إلى القاضي، حتى يُوقِّت له وَقْتاً يوفِّيه فيه الثَّمن، وإلا يَبْطُل حَقّه.

قال في «الهداية»: والفتوى على قول أبي حنيفة ﷺ[1]، وقال في

---

(١) وهو ظاهر الرواية، وفي الهداية ٤: ٢٨، والملتقى ص١٧٨، والدر المختار ٥: ١٤٤، والغرر ٢: ٢١٠، وتنوير الأبصار ص٢٠٣: وعليه الفتوى، وهو قول أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أبي يوسف ﷺ، وفي رواية أخرى قال: إذا ترك المخاصمة إلى القاضي في زمان يقدر فيه على المخاصمة بطلت شفعته ولم يوقت فيه وقتاً، وروي عنه أنَّه قدّره بما يراه القاضي، كما في البدائع ٥: ١٩.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

ثمّ بعد ذلك يَسأل القاضي المُدَّعى عليه، فإن اعترفَ بملكِهِ الذي يَشْفَعُ به فلا حاجة إلى البَيِّنةِ، وإن لم يَعْتَرِفْ طلبَ من المُدَّعي البَيِّنة؛ لأنّ اليدَ لا تَكفي للاستحقاق، فإن أقامَها يَثْبُتُ، وإلا استُحْلِف المُدَّعى عليه بالله لا يَعْلَمُ أنّه مالكٌ للدَّار التي ذكرها يَشْفَعُ بها؛ لأنّه لو أَقرّ بذلك لزمه، فإذا أَنْكَرَ عليه يحلف ويحلف على العِلْم؛ لأنّه فعلُ الغَيْر، فإذا نَكَلَ ثَبَتَ الملك.

ثمّ يسأله القاضي عن الشِّراء، فإن اعترفَ به أو قامَت البَيِّنة عليه ثَبَتَ، وإلا استَحْلَفَ المشتري: بالله ما ابتاع أو ما يَسْتَحِقّ عليه شفعةً من الوجه الذي ذكر.

ويستحلفُ على البَتات؛ لأنّه فِعْلُه، فإذا نَكَلَ قُضِي له بالشُّفْعة، وإن لم يحضر الثَّمن، ذَكَرَه في «الأصل»؛ لأنّ الثَّمنَ إنّما يجب بانتقال المِلك إليه، ولا يَنْتَقِلُ إلا بالقَضاء، فلا يجب عليه الإحضارُ قَبْلَه، كما لا يجب على المشتري قَبْلَ البَيْع.

ورَوَى الحَسَنُ عن أبي حنيفة ﷺ: أنّه لا يُقْضي ما لم يُحضر الثَّمن؛ لأنّه قد يكون مُفْلِساً، فيتضرَّرُ المُشتري، وهو مَرْوِيٌّ عن محمّد ﷺ.

وإذا قُضِي له وأخذها من المشتري يَثْبُتُ له فيها أحكامُ البَيْع من خِيار رُؤيةٍ وعَيْبٍ وغيرِهما؛ لأنّه بمَنْزلةِ الشِّراء؛ لأنّه مُقابلةُ مالٍ بمالٍ، ولا يَثْبُتُ له خِيار الشَّرط، ولا الأَجَل؛ لعدم الشَّرْط.

قال: **(وللشَّفيع أن يُخاصم البائعَ إذا كان المَبيعُ في يده)**؛ لأنّه خَصْمٌ على ما بيَّنّا.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

بقيمةِ كلِّ واحدٍ منهما، أمّا الخنزيرُ فلما مَرّ، وأمّا الخَمْرُ؛ فلأنّه ممنوعٌ من تمليكِها وتملُّكِها، فاسْتَحالَ المِثْلُ في حَقّه، فيُصار إلى القيمةِ.

قال: **(وإن حطَّ البائعُ عن المشتري بعضَ الثَّمن سَقَطَ عن الشَّفيع)**؛ لما تقدّم أنَّ الحَطَّ يَلْتَحِقُ بأصل العقد، **(فإن حَطّ النِّصفَ ثمّ النِّصفَ أخذها بالنِّصف الأخير)**؛ لأنّه لمّا حَطّ النِّصفَ الأوّل التحق بأَصل العقد، فوَجَبَ عليه نصفُ الثَّمن، فلمّا حَطَّ النِّصفَ الآخر كان حَطّاً للجميع فلا يَسقُطُ، ألا تَرَىٰ أنّه لو حَطّ الجميعَ ابتداءً لا يَسْقُطُ عن الشّفيع؛ لأنّه لا يَلْتَحِقُ بأصل العقد، بل يكون هبةً، فلا يَسْقُطُ عن الشَّفيعِ.

(وإن زادَ المشتري في الثَّمنِ لا يلزم الشَّفيع)؛ لاحتمال أنّهما تواضعا على ذلك إضراراً بالشَّفيع، بخلاف الحَطِّ؛ لأنّه نفعٌ له.

قال: **(وإن اختلفا في الثَّمن، فالقَوْلُ قَوْلُ المُشتري، والبَيِّنةُ بَيِّنةُ الشّفيع)**؛ لأنّ الشّفيعَ يدَّعِي استِحقاقَ الدَّار عند أداء الأقلّ، والبَيِّنةُ بَيِّنةُ المُدِّعي، والمُشْتري يُنكرُ ذلك، والقَوْلُ قَوْلُه مع يَمِينِه.

فصل

(وتَبْطُلُ الشُّفْعةُ بمَوْتِ الشَّفيعِ وتَسليمِهِ الكلَّ أو البَعْضَ، وبصلحِهِ عن الشّفعة بعِوَضٍ، وببيعِ المشفوع به قَبْلَ القَضاء بالشُّفعة، وبضمان الدَّرَكِ[1] عن البائع، وبمُساوَمَتِه المشتري بَيْعاً وإجارةً).

---

(١) الدَّرَك: ما يأخذه المشتري من البائع رهناً بالثمن خوفاً من استحقاق المبيع، كما في معجم الفقهاء ص٢٠٨.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

وكذلك إذا طَلَبَها منه توليةً أو أخذها مُزارعةً أو مُعاملةً، وكلُّ ذلك إذا كان بعد العِلْم بالشِّراء.

قال: **(ولا تَبْطُلُ بمَوْتِ المُشْتري)**؛ لأنّ المُستحقّ، وهو الشَّفيع قائمٌ، وحَقُّه مُقدَّمٌ على حقِّ المُشْتري، حتى لا تنفذَ وصيَّتُهُ فيه، ولا يُباعُ في دينِه، فيكون مُقدّماً على حقِّ الوارثِ.

قال: **(ولا شفعةَ لوكيل البائع)**؛ لأنّه سَعَى في نقضِ فعلِه، وهو كالبيع، وكذا إذا كان له الخِيار فأَمضاه.

(ولوكيل المُشْتري الشُّفعة)؛ لأنّه لا يَنْقُضُ فعلُه؛ لأنّه مثل الشِّراء، لأنّه سَعَى في زَوال ملكِ البائع.

قال: **(وإذا قيل: للشَّفيع إن المُشتري فلانٌ فَسَلَّمَ، ثمّ تَبَيَّن أنّه غيرُه، فله الشُّفعة)**؛ لتفاوت النَّاس في الجوار، فقد يَرْضَى لفلان لخير،ه ولم يرض بغيره، فلم يوجد التَّسليم في حَقِّه.

وكذا لو ظَهَرَ أنّ المُشتري اشتراها لغيره.

ولو قيل: إنّ المُشْتري زَيْدٌ فسَلَّم، فإذا هو زيدٌ وعمرو، فله أخذُ نصيب عمرو.

(وإذا قيل له: إنّها بيعت بألفٍ، فسَلَّمَ ثمّ تَبيّنَ أنّها بيعت بأقلّ أو بمكيل أو موزون، فهو على شُفْعَتِهِ).

أمّا الأوّل؛ فلأنّ الرّضا بالأَكثر لا يكون رِضى بالأقلّ.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

قال: **(ولا تُكْرَهُ الحِيلةُ في إسقاط الشُّفْعة قبل وُجوبها)** عند أبي يوسف ﷺ؛ لأنّه منعٌ من وجوبِ الحقّ[١]، ويُكره عند مُحمّد ﷺ[٢]؛ لأنّها شُرعت لدفع الضَّرر، والحِيلةُ تُنافيه، والحِيلةُ في إسقاط الزَّكاة على هذا.

قال: **(ومَن باع سَهْماً ثم باع الباقي، فالشُّفْعةُ في السَّهم الأَوَّل لا غير)**؛ لأنّ الشَّفيعَ جار، والمشتري شريك في المبيع ثانياً، فيُقَدَّم عليه، وهذه حيلة، وهو أن يبيعَ الأوّلَ بثمن كثير والباقي بثمن قليل.

وإن اشتراها بثمن ودفع عنه ثوباً أخذها بالثَّمن الأوّل؛ لأنّه يَسْتَحِقّ المبيعَ بما وقعَ العقدُ عليه؛ لما مَرّ، وهذه أيضاً حيلةٌ، وهو أن يعقدَ العقدَ بألف مثلاً، فيدفع عنها ثوباً يُساوي مئةً.

قال: **(وإن اشتراها بثَمَنٍ مؤجَّلٍ، فالشَّفِيعُ إن شاء أدَّاه حالاً، وإن شاء بعد الأجل ثمّ يأخذ الدَّار)**؛ لأنَّ الرِّضا بالتَّأجيل على المُشْتري لا يكون رضاً

---

(١) لأنَّه يحتال لدفع الضرر عن نفسه، وهو الأخذ بلا رضاء، والحيلةُ لدفع الضرر عن نفسه مباح، وإن تضرَّر الغير في ضمنه، وهو رواية عن الإمام، كما في مجمع الأنهر٢: ٤٨٦.

(٢) قيل: الاختلاف قبل البيع، أما بعده فهو مكروه بالإجماع، وظاهر الهداية: اختيار قول أبي يوسف ﷺ، وقد صرّحَ به قاضي خان، فقال: والمشايخ في حيلة الاستبراء والزكاة أخذوا بقول محمد ، وفي الشفعة بقول أبي يوسف ﷺ، ويؤيّده قوله في مختارات النوازل: الحيلة في إسقاط الزكاة عنه أيضاً اختلاف، والصحيح فيه قول محمد ﷺ، كما في التصحيح٢٦٦.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

وأمّا الزَّرع، فالقياسُ أن يَقْلَعَه، لكن استحسنوا أن يَبْقىٰ في الأرض بالأُجرة؛ لأنّ لها نهايةً، فلا ضَرَرَ فيه كالبناء، وذكر في «المحيط»: أنَّ الزَّرع يُتْرَكُ بغير أَجر.

وإن أَخَذَه بالقِيمة، فقيمتُه مَقْلوعاً، ويُعْرَفُ تمامُه في الغصب.

قال: (**ولو بَنَى الشَّفيع ثمّ اسْتُحِقَّت رَجَعَ بالثَّمَن لا غَيْر**)، ولا يرجع بقيمتِه على المشتري، ولا على البائع؛ لأنّ الرَّجوع إنّما ثَبَتَ في المسألة الأولىٰ؛ ولأنّ البائعَ خَدَعَ المشتري، وضَمِن له التَّمكُّن من التَّصرُّف كيف شاء، ولم يضمَنْ للشَّفيع ذلك أحدٌ؛ لأنّه أخذه بغير اختيار البائع ولا المشتري، فلم يكن مَغْروراً ولا يَرْجِع، ولأنّه لما استُحقّ ثبت أنّه أَخَذَه بغير حَقّ.

أمّا الثَّمن، فإنّه عِوَضٌ عن المبيع، فإذا لم يَسْلَم المَبيع يَرْجعُ بالثَّمن.

قال: (**وإذا خَرِبَتْ الدَّار أو جَفَّ الشَّجَر، فالشَّفيعُ إن شاء أخذ السَّاحة بجميع الثَّمن، وإن شاء تَرَكَ**)، وكذلك لو احترقت أو غَرِقَت؛ لأنّ البِناءَ تَبَعٌ ووصفٌ للسَّاحة، حتىٰ يدخلُ في البيعِ بغير ذكرٍ، فلا يُقابله شيءٌ من الثَّمن ما لم يكن مقصوداً: كأطراف العَبْد، ولو باعهما مرابحةً باعها بجميع الثَّمَن.

قال: (**وإن نَقَضَ المشتري البِناء، فالشَّفيعُ إن شاء أخذَ العَرَصة بحِصَّتِها، وإن شاء تَرَكَ**)؛ لأنّه صار مَقْصوداً بالإتلاف، فيقابلُه شيءٌ من الثَّمن كأطراف العَبْد، وكذا إذا فعله أَجْنبيٌّ، وكذا إذا نَزَعَ باب الدَّار وباعَه، وليس له أخذ النَّقض؛ لأنّه صار مَفصولاً فلم يَبْقَ تَبَعاً، أو صار نَقْلياً، فلا شفعةَ فيه.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٣.خلو العقد عن شرط الخيار، فإن كان فيه خيار، لا ينفذ في مدة الخيار.

ثالثاً: شرائط الصحّة:

١.رضا المتعاقدين فلا تصح مع الإكراه والهزل والخطأ؛ لأنَّ هذه العوارض تنافي الرضا فتمنع صحة الإجارة; ولهذا منعت صحة البيع.

٢.أن يكون المعقود عليه ـ وهو المنفعة ـ معلوماً علماً يمنع من المنازعة.

٣.أن يكون المُستأجَر مقدور الاستيفاء حقيقةً وشرعاً؛ لأنَّ العقد لا يقع وسيلة إلى المعقود بدونه، فلو استأجر سيارة مغصوبة، فإنَّه لا يصح؛ لأنَّه لا يقدر على استيفاء المنفعة حقيقة؛ للعجز عن التسليم حقيقة؛ إلا إذا استأجرها الغاصب، فإنَّه يصح.

٤.أن لا يكون العمل المستأجر له فرضاً ولا واجباً على الأجير قبل الإجارة.

٥.أن يكون المؤاجر مقبوضاً للمؤجر إذا كان منقولاً.

٦.أن تصلح الأُجرة ثمناً، فما يصلح ثمناً في البياعات يصلح أُجرة في الإجارات.

٧.أن لا تكون الأجرة منفعة هي من جنس المعقود عليه: كإجارة السكنى بالسكنى.

٨.أن يخلو عقد الإجارة عن شرط لا يقتضيه العقد ولا يُلائمه.

رابعاً: شروط اللزوم:

١.أن يكون العقد صحيحاً؛ لأنَّ العقد الفاسد غير لازم، بل هو مستحق النقض والفسخ؛ رفعاً للفساد حقاً للشرع، فضلاً عن الجواز.

٢.أن لا يكون بالمستأجَر عيب في وقت العقد، أو وقت القبض يخل بالانتفاع به؛ فإن كان لم يلزم العقد؛ لأنَّ السلامة مشروطة دلالة، فتكون كالمشروط نصاً كما في بيع العين.

٣.أن يكون المستأجَر مرئياً للمستأجِر؛ حتى لو استأجر داراً لم يرها ثُمَّ رآها فلم يرض بها فإن له أن يردها.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

١٧٠ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

١٧٢ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

١٧٤ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

(والمالُ أمانةٌ في يده)[١]؛ لأنّه قبضَه بإذن المالك، فلا يضمنه، **(إلا أن يتلف بعملِه: كتخريق الثَّوب من دقِّه وزَلَق الحَمّال وانقطاع الحَبْل من شدِّه**[٢] **ونحو ذلك)**؛ لأنّه مضافٌ إلى فعلِه، وهو لم يؤمر إلا بعمل فيه صلاحٌ، فإذا أفسده فقد خالف فيَضْمَنُ، **(إلا أنّه لا يَضْمَنُ الآدمي إذا غَرِق في السَّفينة من مدّه، أو سَقَطَ من الدَّابّة بسَوْقِه وقَوْدِه)**، لأنّ الآدميَّ لا يضمنُ بالعَقْد، وإنّما

---

(١) هذا قول أبي حنيفة وزفر والحَسَن ﷺ، وجزم به أصحابُ، المتون مثل: الملتقى ص١٦٣، والتنوير ص١٨٩، والغرر ٢: ٢٣٥، وغيرها، وفي مجمع الأنهر٢: ٣٩١: «وفي الخانية: والفتوى على قول الإمام، وفي المنح: وقد جعل الفتوى عليه في كثير من المعتبرات... وكان هو المذهب».

وفي الدرر٢: ٢٣٥، وفتح باب العناية ٢: ٤٤٠: واختار المتأخرون من أصحابنا الصلحَ على النصف بكلّ حال، وأفتوا به عملاً بأقوال الصحابة ﷺ والفقهاء بقدر الإمكان، أي: عملاً بالقولين، ومعناه عمل في كلِّ نصفٍ بقول، حيث حطّ النصف وأوجب النصف، بزّازية، قال في شرح الملتقى: قال الزاهدي: على هذا أدرَكتُ مشايخنا بخوارزم، وأقرّه القُهُستاني، اهـ، وفي جامع الفصولين منهم: شمس الأئمة والأوزجندي وأئمة فرغانة، كما في ردّ المحتار٦: ٦٥.

وفي التبيين: وبقولهما يفتى اليوم؛ لتغير أحوال الناس، وبه يحصل صيانة أموالهم، اهـ، وقال العيني: وبه يعني بما قالا أفتى بعضهم، وبقول الإمام ﷺ آخرون، وأفتى بالصلح جماعة منّا، اهـ، وقال قاضي خان: والمختار في الأجير المشترك قول أبي حنيفة ﷺ، اهـ، كما في الشرنبلالية٢: ٢٣٥.

(٢) لأنَّ التلف الحاصلَ به حصلَ من تركه التوثيق في شدِّ الحبل وغرق السفينة من مدّ الملاح إيّاها، كما في جامع الرموز٢: ٧٧.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

ثمّ إن شاء ضَمِنه مَعْمولاً وأعطاه الأَجر وغيرَ مَعْمول، ولا أَجر له.

وقال زُفر ﷺ: لا يضمن في الوجهين؛ لأنّه عملٌ بأمر المالك، وصار كأَجير الوحد.

وجوابه ما مرّ لأبي حنيفة ﷺ.

قال: **(ولا ضَمان على الفَصّاد والبَزّاغ[1] إلا أن يتجاوزَ الموضعَ المعتاد)**؛ لأنّه إذا فعل المعتادَ لا يُمكنُه الاحتراز عن السِّراية؛ لأنّه يبتني على قُوَّةِ المِزاج وضَعْفِه، وذلك غيرُ معلوم، فلا يتقيَّد به، بخلاف دَقِّ الثَّوب؛ لأنّ رِقَّتَه وثَخانتَه تُعرفُ لأهل الخِبْرة به، فتُقَيَّدُ بالصَّلاح.

ولو قال للخيّاط: إن كفاني هذا الثَّوب قميصاً فاقطعه فقطعه، فلم يكفه ضَمِن؛ لأنّه إنّما أذن له في القَطْع بشرطِ الكفاية.

ولو قال له: هل يَكفيني؟ فقال: نعم، قال: فاقطع فلم يَكْفِهِ لا يَضْمَنُ؛ لأنّه أمره بالقَطْع مُطلقاً.

٢. قال: **(وخاصٌّ[2]: كالمستأجر شهراً للخِدمةِ ورَعي الغَنَم ونحوه)**؛ لأنّ منافعَه صارت مستَحَقة للمُستأجر طول المدّة، فلا يُمكنه صرفها إلى غيره، فلهذا كان خاصّاً، ويُسمّى أَجير الوَحْد أيضاً.

في مصنف ابن أبي شيبة ١١: ٨٣.

(١) بزَّاغ: أي بيطار، هو خاص بالبهائم، كما ي رد المحتار ٥: ٤٣.

(٢) وهو الذي يعمل لواحد، ويستحقُّ الأَجر بتسليم نفسه مُدّته وإن لم يعمل، أي: إذا

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

على الإجارة وإن شاء فَسَخَ، وأُجرةُ ما مَضَىٰ للسَّيد وما بَقِي للعَبْد؛ لأنّ منفعتَه بعد العتق له، فيكون له بَدَلُها، وإذا أجاز فليس له فسخها بعد ذلك، وليس للعبد قبض الأجرة لا بإذن المولىٰ.

فصل [استحقاق الأجرة]

(والأجرةُ تستحقُّ باستيفاءِ المعقودِ عليه أو باشتراطِ التَّعجيل أو بتعجيلِها)؛ لأنّ الأجرةَ لا تجب بنفسِ العَقْد؛ لقوله ﷺ: «أعطوا الأجيرَ أجرَه قبل أن يجفَّ عرقُه»(١)، ولو وَجَبَت بنفس العَقْد لما جاز تأخيره إلا برضاه، والنَّصُّ يقتضي الوجوب بعد الفَراغ؛ لأنّ العَرَقَ إنّما يوجد بالعَمَل، ولأنّ المَنْفعةَ لا يُمكن استيفاؤها لذي العَقِد؛ لأنّها تحدثُ شَيئاً فشَيْئاً، وهي عقدُ مُعاوضةٍ، فتقتضي المساواة، فلا تجب الأُجرةُ بنفس العَقْد، فإذا استوفىٰ المعقودَ عليه استحقَّ الأُجرةَ عملاً بالمساواة، وإذا اشترط التَّعجيل أو عَجَّلها، فقد رَضِي بإسقاطِ حَقِّه في التَّأجيل فيَسْقُط.

قال: **(وإذا تَسَلَّمَ العينَ المستأجرة، فعليه الأجرةُ وإن لم ينتفع بها)**؛ لأنّ تسليم المنفعة غيرُ ممكن فأُقيم تسليم العين مقامها فيتمكن من الانتفاع.

---

(١) فعن ابن عمر ﷺ، قال ﷺ: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه» في سنن ابن ماجة ٢: ٨١٧، والمعجم الصغير ١: ٤٣، ومسند الشهاب ١: ٤٣٣، قال المنذري في الترغيب ٣: ١٤: من رواية عبد الرحمن بن زيد وقد وثق.

وعن أبي هريرة ﷺ قال ﷺ: «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، رجل أعطىٰ بي ثمَّ غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفىٰ منه ولم يعطه أجره» في صحيح البخاري ٢: ٧٩٢، وسنن ابن ماجه ٢: ٨١٦.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

١٨٢ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

المسائل، والإجارة تُعْقَدُ للمنفعة، وعندها ترتفع الجهالة، فيصحّ كالفارسية والرُّومية، وإن وجب الأجر بالتَّسليم يجب أقلّهما للتَّيقُّن به.

ولو قال: إن خطّت هذا الثَّوب فارسيّاً فبدرهم، ورومياً فبدرهمين جاز، وأيّ العملين عمل استحقّ أُجرته، وقد مَرّ وجهه.

وقال زفر ﷺ: الإجارةُ فاسدةٌ؛ لجهالةِ البدل في الحال، وجوابه ما مرّ.

فصل [الإجارة الفاسدة]

اعلم أنّ الإجارةَ تفسدُ بالشُّروط كما يفسدُ البيع، وكلُّ جهالة تفسدُ البيع تُفسدُ الإجارةَ، من جهالةِ المعقودِ عليه أو الأُجرةِ أو المدّةِ؛ لما عُرِف أنّ الجهالةَ مفضيةٌ إلى المنازعة.

والأصلُ قوله ﷺ: «مَن استأجر أجيراً فليعلمه أجره»[1]، شرطَ أن تكون الأجرةُ معلومةً كما شرطَه في البيع.

ولو آجر الدَّار على أن يُعمِّرَها أو يطيِّنَها أو يضعَ فيها جذعاً، فهو فاسدٌ لجهالة الأُجرة؛ لأنّ بعضَها مجهول؛ لأنّه لا يدري ما يحتاج إليه من العِمارة.

---

(١) فعن أبي هريرة ﷺ، قال ﷺ: «مَن استأجر أجيراً فليعلمه أجرته» في مسند أبي حنيفة ص٨٩، وسنن البيهقي الكبير ٦: ١٢٠، ومصنف ابن أبي شيبة ٤: ٣٦٦، والفردوس ١: ٣٠٧، وغيرها.

وعن أبي سعيد الخدري ﷺ أنَّ رسول الله ﷺ: «نهى عن استئجار الأجير ولم يبيِّن، حتى يبيِّن له أجره» في مراسيل أبي داود ص١٦٨، قال الشيخ شعيب: رجاله ثقات رجال مسلم إلا أنَّ إبراهيم لم يسمع من أبي سعيد.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

١٨٦ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

قال: **(ويجوز استئجار الظِّئر بأُجرة معلومة)**؛ لقوله تعالى: {فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ} [الطلاق:٦]؛ ولأنّ التَّعاملَ بذلك جار بين الناس(١).

قال: **(ويجوز بطَعامها وكِسْوَتِها)**.

---

(١) القياس أن لا يصح استئجار الظئر؛ لأنَّها تَرِدُ على استهلاك العين، وهو اللبن، فصار كاستئجار الشاة ليشرب لبنها، أو البستان ليأكل ثمره، وجه الاستحسان: قوله تعالى: {فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ} [الطلاق: ٦]، وعليه إجماع الأمة، وقد جرى التعامل به في الأعصار من غير نكير، ولا نسلم أنَّ العقد على استهلاك العين، بل على المنفعة، وهو حضانة الصبي وتلقيمه ثديها وخدمته وتربيته واللبن، كما في التبيين٥: ١٢٨، لأنَّ العقدَ يقع على خدمة الصبيّ، واللبن يدخل على طريق التبع، فكان ذلك استئجاراً على المنفعة أيضاً، واستيفاؤها بالقيام بخدمة الصبي من غسله وغسل ثيابه وإلباسها إياه وطبخ طعامه ونحو ذلك، واللبن يدخل فيه تبعاً، كالصبغ في استئجار الصباغ، كما في بدائع الصنائع ٤: ١٧٤-١٧٥.

لكن في المبسوط ١٥: ١١٩: «وزعم بعض المتأخرين أنَّ المعقودَ عليه المنفعة، وهو القيام بخدمة الصبيّ وما يحتاج إليه، وأمّا اللبن فتبع فيه؛ لأنَّ اللبنَ عين، والعينُ لا تستحقّ بعقد الإجارة، كلبن الأنعام، والأصحّ أنَّ العقدَ يَرِدُ على اللبن؛ لأنَّه هو المقصود، وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع، والمعقود عليه هو منفعة الثدي، فمنفعة كلّ عضو على حسب ما يليق به»، وفي التبيين ٥: ١٢٧: «وإلى هذا القول مال شمس الأئمة، وقال: هو الأصح، والأول أشبه بالفقه وأقرب إليه، وقال في الكافي: وهو الصحيح».

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

١٩٠ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

١٩٢ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

قال: **(ولا تجوز على المعاصي كالغِناء والنَّوح ونحوهما)**؛ لأنّها لا تستحقّ بالعقد فلا تجوز[١].

قال: **(ولا على عَسَب[٢] التَّيس)**؛ لنهيه ﷺ عن ذلك[٣]، وهو أن يستأجرَ التَّيسَ لينزو على غَنَمِه، ويدخل فيه كلُّ فحلٍ كالحِصان والحَمار وغيرهما.

أمّا النزو بغير أَجر لا بأس به، وأخذ الأَجر عليه حرام.

قال: **(وتجوز أُجرة الحَجّام)**، فقد صَحّ أنّه ﷺ «احتجم وأعطى الحجّام

الكتب ليقرأ فقرأ لا أجر عليه؛ لانعدام عقد المعاوضة»، وينبغي تقييد هذا بعدم وجود العرف في استئجار الكتب للقراءة، والله أعلم.

(١) لأنَّ المعصيةَ لا يتصوّر استحقاقها بالعقد، فلا يجبُ عليها الأجرة من غير أن يستحقَّ هو على الأجير؛ إذ المبادلةُ لا تكون إلا بالاستحقاق كلّ منهما على الآخر.

ولو استحقّ على المعصية لكان ذلك مضافاً إلى الشارعِ من حيث أنّه شرعَ عقداً موجباً للمعصية، تعالى الله عن ذلك علّواً كبيراً؛ ولذا قال في غاية البيان: لا تجوزُ الإجارة على شيءٍ من الغناءِ والنوح والمزامير والطبل وشيءٍ من اللهو، وعلى هذا الحداء وقراءة الشعر وغيره، ولا أجر في ذلك، هذا كلّه قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمّد ﷺ، كما في عمدة الرعاية ٦: ٥٦٢-٥٦٣، ورمز الحقائق ٢: ١٩٨.

(٢) عسبَ الفحلُ الناقةَ عسباً: طرقها؛ وسبب النهي أنَّ ثمرتَه المقصودة غير معلومة، فإنّه قد يلقّح وقد لا يلقّح فهو غرر، كما في المصباح المنير٢: ٦٢٥، وعلة المنع الجهالة، فإن كان الاستئجار على وقت للتيس ينبغي أن تحل، والله أعلم.

(٣) فعن ابن عمر ﷺ: «نهى النبي ﷺ عن عَسْب الفحل» في صحيح البخاري٢: ٧٩٧، وسنن أبي داود٣: ٢٦٧، وسنن الترمذي٣: ٥٧٣، وسنن النسائي٣: ١١٥.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

حِنْطة بقفيز منها[1].

وينبني على هذا مسائل كثيرة تعرف بالتأمّل:

منها: إذا دفع إلى حائك غزلاً لينسجه بالنصف، والمعنى فيه أن المستأجر عجز عن الأجرة، وهو بعض المنسوج والمطحون؛ لأنّ ذلك إنّما يحصل بفعل الآجر، فلا يكون قادراً بقدرة غيره[1].

عديدة يُحتج بها في عدم جواز أن تكون الأجرة مجهولة.

(١) لأنّه جعل الأجر بعض ما يخرج من عمله، فيصير في معنى قفيز الطحان، وقد نهي عنه ﷺ، وهو أن يستأجر ثوراً؛ ليطحن له حنطة بقفيزٍ من دقيقِه، فصار هذا أصلاً يعرف به فساد جنسه، والمعنى فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر؛ لأنه بعض ما يخرج من عمل الأجير، والقدرة على التَّسليم شرطٌ لصحَّة العقد، وهو لا يقدر بنفسِه، وإنَّما يقدر بغيرِه فلا يُعَدُّ قادراً ففسد، فإذا نسج أو حمل فله أجر مثله لا يجاوز به المسمّى، لكن مشايخ بلخ والنسفيّ يجيزون حمل الطَّعام ببعض المحمول، ونسج الثَّوب ببعض المنسوج؛ لتعامل أهل بلادهم بذلك، وقالوا: مَن لم يجوِّزه إنما لم يجوزه بالقياس على قفيز الطحانِ والقياس يترك بالتَّعارف، ولئن قلنا: إنّ النَّصَّ يتناوله دلالةً فالنصُّ يختصُّ بالتَّعامل، ألا ترى أنّ الاستصناعَ تُرِكَ القياسُ فيه وخُصَّ عن القواعد الشرعيّة بالتعامل. ومشايخنا لم يجوزوا هذا التخصيص؛ لأن ذلك تعامل أهل بلدة واحدة وبه لا يخص الأثر بخلاف الاستصناع، فإن التعامل به جرى في كلِّ البلاد، وبمثلِهِ يُترك القياس ويُخَصُّ الأثر، والحيلةُ في جوازِه أن يشترط قفيزاً مطلقاً من غير أن يشترط أنّه من المحمولِ أو من المطحونِ، فيجب في ذمّة المستأجر ثمّ يعطيه منه، كما في التبيين٥: ١٣٠.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

وذكر أبو اللَّيث عنه في «العيون»[١]: إن كانت الخِياطة حرفتَه، فله أجرُ مثلِه عملاً بالعُرف، وإلا فلا أَجر له، ويكون مُتَبَرِّعاً؛ لما بيّنّا.

وقال أبو يوسف ﷺ: لا أجر له إلا أن يكون معاملةً[٢]، فيكون له الأجر جرياً على عادتهما.

وقال محمّدٌ ﷺ: إن اتخذ حانوتاً[٣] وانتصب لهذه الصناعة، فله الأجرة وإلا فلا، وعليه الفتوىٰ[٤]؛ لأنّه دليلٌ على العمل بالأجرة عرفاً، والمعروف كالمشروط.

---

(١) في عيون المسائل ص١٣٦: « إن كان القصار حريفة فله أجر مثله، وإن لم يكن حريفة، فالقول قول الدافع مع يمينه، وقال محمد: حريفة كان وغير حريفة، بعد أن يقصر للنَّاس، فله الأجر، ولا نجعله مجاناً؛ لأنّ القَصّار يكون أجيراً مشتركاً».

(٢) وذلك بأن تكررت تلك المعاملة بينهما بأجر فله الأجر وإلا فلا؛ لأنَّ سبق ما بينهما بأجر يعين جهة الطلب بأجر جرياً على معتادهما، كما في العناية ٩: ١٤٣.

(٣) أي: لما فتح الحانوت لأجله، جرىٰ ذلك مجرىٰ التنصيص على الأجر؛ اعتباراً للظاهر، والقياس ما قاله أبو حنيفة ﷺ؛ لأنَّه منكر، وما ذكراه من الاستحسان مدفوع بأنَّ الظاهر يصلح للدفع، والحاجة هاهنا للاستحقاق لا للدفع، كما في العناية ٩: ١٤٣.

(٤) في التصحيح: ورجح دليل الإمام في الهداية، وأجاب على دليلهما، واعتمده الإمام المحبوبي والنسفي وصدر الشريعة، وجعل خواهر زاده الفتوىٰ على قول محمد ﷺ، كما في اللباب١: ٢٦١، وفي التبيين٥: ١٤٣، والتنوير ص١٩٠: الفتوىٰ على قول محمّد ﷺ.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٢٠٠ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

وعلى ربّ الدَّار عِمارتُها وإصلاحُ ميازيبها وبئر الماء وتَنْظيف البالوعة الممتلئة من أفعال المستأجر، وكلُّ ما يكون مُضراً بالسُّكنى، فإن لم يفعل فللمستأجر أن يخرج.

وإن رأى هذه العُيوب وقتَ الإجارة، فلا خِيار له؛ لأنّه رَضي بالعَيب.

وعلى المستأجر رَمْي التُّراب والرَّماد المجتمع في الدَّار من كَنْسِه؛ لأنّه ليس من باب السُّكنى.

وكري نهر رحا الماء على الآجر، إلا أن يكون شرطَه على المُستأجر.

الكرخي؛ لأنه لا يعرى عن ضرر؛ لأن غيره لا يشفق على دابته مثله وهو لا يمكنه الخروج بخلاف ما إذا لم يمرض، دون رواية الأصل، وفي القُهُستانيّ الفتوى على الرِّواية الأولى، فلهذا اختارها الحلبي، فقَدَّمها، وينظر: عمدة الرعاية.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

قال: **(وهو عقدُ وثيقةٍ)** لا بُدّ فيه من الإيجابِ والقبول كسائر العُقود.

قال: **(بمالٍ مضمونٍ بنفسِه)**: أي بمثلِه **(يُمكن استيفاؤه منه)** على ما نُبيِّنُه إن شاء الله تعالى.

(ولا يتمُّ إلا بالقَبْض)، قال الله تعالى: {فرهان مقبوضة} وصفها بكونها مقبوضةً، فلا تكون إلا بهذه الصِّفة، ولأنّه عقدُ تبرُّع، ألا تَرَى أنّه لا يجبر عليه، فيكون تمامُه بالقَبض كالهِبة.

(أو بالتَّخْلية)؛ لقيامِها مقامَه كما في البَيْع والهِبة، **(وقبل ذلك إن شاء سَلَّم وإن شاء لا)**؛ لما بيّنّا أنّه تَبَرُّعٌ.

ثمّ الرَّهنُ لا يخلو: إمّا إن كان بدينٍ وهو المِثْليُّ، أو بعينٍ، وهو غيرُ المِثْليّ.

اليهودي، رجل من بني ظفر» في مسند الشافعي ص١٣٩، ومعرفة السنن٨: ١٨٦، والسنن الصغير للبيهقي٢: ٢٨٨.

وعن عائشة رضي الله عنها، قالت: «توفي رسول الله ﷺ ودرعه مرهونة بثلاثين صاعاً من شعير» في صحيح البخاري ٣: ١٠٦٨، وصحيح ابن حبان ١٣: ٢٦٢.

وعن أنس ﷺ قال: «مشيت إلى النبي ﷺ بخبز شعير وإهالة سنخة ولقد رهن له درع بعشرين صاعاً من طعام أخذه لأهله، ولقد سمعته ذات يوم يقول: ما أمسى في آل محمد ﷺ صاع تمر ولا صاع حب، وإن عنده يومئذ لتسع نسوة» في سنن الترمذي ٣: ٥١٩، وقال: حسن صحيح.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٢٠٦ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٢٠٨ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٢١٠ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٢١٢ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٢١٤ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

وجوابه: أنّ الزّيادةَ تلحقُ بأَصل العقد، كما مرّ في البيع، فيصير كأنّه رهنهما من الابتداء.

قال: (**وأجرةُ مكانِ الحِفظِ على المُرْتَهن**)؛ لأنّ الحِفْظَ عليه ليردَّه إلى الرَّاهن؛ ليسلم له حَقُّه، فيكون عليه بَدَلُه أيضاً، وكذلك أُجرةُ الحافظِ وجُعْلُ الآبق؛ لأنّه يحتاج إلى إعادةِ يدِه ليردَّه على مالكِه، فكان من مؤونةِ الرَّدِّ فيجبُ عليه، وإن كانت قيمتُه أكثرَ من الدَّين، فعلى الرَّاهن قَدْرَ الزِّيادة؛ لأنّها أمانةٌ، فتكون يدُه يد المالك، فتكون المؤونةُ على المالك، وهذا في جُعْل الآبق ظاهرٌ؛ لأنّه لأجل الضَّمان، فيَتَقَدَّرُ بقَدْرِ المَضْمون.

أمّا أُجرةُ البيت فالجميعُ على المُرْتَهن؛ لأنّه بسببِ الاحتباس، والحبسُ ثابتٌ له في اليد.

والخَراجُ على الرَّاهن؛ لأنّه مؤونةُ ملكِهِ.

قال: (**وله أن يحفظَه بنفسِهِ وزوجتِهِ وولدِهِ وخادمِهِ الذي في عِيالِهِ**)، وقد تقدَّم.

قال: (**وليس له أن ينتفعَ بالرَّهن**)؛ لأنّه غيرُ مأذونٍ له في ذلك ، وإنّما له ولايةُ الحبس لا غير، (**فإن أَذِنَ له الرَّاهن، فهَلَكَ حالة الاستعمال هَلَكَ أمانةً**)؛ لأنّه عاريةٌ على ما يأتي في بابها، وإن هَلَكَ قبل الاستعمال هَلَكَ مَضموناً؛ لبقاء يد الرَّاهن، وكذا بعد الاستعمال؛ لزوال يدِ العارية وعودِ يدِ الرَّاهن.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

قال: (**ويَصِحُّ بالدَّين الموعود، فإن هَلَكَ بما سَمَّى**)؛ لأنّه مَقْبوضٌ على جهة الرَّهن، فيكون كالمَقْبوض على سَوم الشراء.

وصورته: أن يرهنه شيئاً على أن يقرضَه درهماً، فيهلك قبل القَرض، فعليه أن يعطيَه دِرهماً.

ولو قال: على أن يُقرضَه شيئاً ولم يسمِّ، فَهَلَكَ أعطاه ما شاء، والبَيان إليه؛ لأنّ بالهلاك صار مُستوفياً، فيصير كأنّه قال: عند الهلاك وجب لفلان عليّ شيء.

ولو قال: بدراهمَ يلزمُه ثلاثةٌ؛ لأنّها أقلُّ الجمع.

وعن أبي يوسف ﵁: لو قال: أَقْرضني وخُذْ هذا الرَّهن، ولم يُسَمّ فأخذه وضاعَ ولم يُقْرِضْه، قال: عليه قيمة الرهن.

قال: (**ومَن اشترى شيئاً على أن يَرْهنَ بالثَّمن شَيئاً بعينِهِ فامتنعَ لم يَجْبَرْ**)؛ لما بيّنا أنّه عَقَدُ تَبَرُّعٍ.

كانت قيمتُه أقلّ من رأس المال، تمّ العقد بقدره، ويبطل في الباقي؛ لأنَّه استوفى من رأس المال بقدره، وإن لم يهلك الرَّهن حتى افترقا، بَطَلَ السَّلَم؛ لحصول الافتراق لا عن قبض رأس المال، وعليه رَدُّ الرَّهن على صاحبه، وكذا هذا الحكم في بدل الصَّرف إذا أخذ به رهناً: أنَّه إن هَلَكَ الرَّهن قبل افتراق العاقدين بأبدانهما تم عقد الصرف؛ لأنَّه بالهلاك صار مستوفياً، وإن لم يهلك حتى افترقا بطل الصرف؛ لفوات شرط الصِّحّة، وهو القبض، كما في السَّلَم، كما في البدائع ٥: ٢٠٤.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٢٢٠ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٢٢٢ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٢٢٤ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

قال: **(ومَن استعار شيئاً ليرهنه جاز، وإن لم يسمِّ ما يرهنه به)**؛ لأنّ الإطلاقَ في العاريةِ معتبرٌ؛ لأنّه لا يُفضي إلى المُنازعة، وله أن يرهنَه بأيِّ قدرٍ شاء، وأي نوع شاء، ممَّن شاء عَمَلاً بالإطلاق.

(فإن عيَّن ما يَرْهَنُه به، فليس له أن يَزيدَ عليه ولا يُنقص).

أمّا الزِّيادةُ؛ فلأنّه ربّما احتاج المعيرُ إلى فكاكِ الرَّهنِ، فيؤدِّي قدرَ الدَّين وما رضي بأداء القدر الزَّائد على ما عَيَّنَه، أو لأنّه يتعسَّر عليه ذلك، فيتضرَّرُ به.

وأمّا النُّقصان؛ فلأنّ الزَّائدَ على قَدْرِ الدَّينِ يكون أمانةً، وما رضي إلا أن يكون مَضْموناً كلُّه، فكان التَّعيينُ مُفيداً، فيَتَقَيَّدُ به، وإن رَهَنَه بجنسٍ آخر ضَمِن؛ لأنّه لم يَرْضَ به.

وكذا لو عَيَّن رَجُلاً فرَهَنَ عند غيره؛ لتفاوت النّاس في الحفظِ والملاءةِ والقضاء.

وكذلك لو قيّدَه ببلدةٍ فرهنَه بأُخرى ضَمِن.

والمعيرُ إن شاء ضَمَّنَ الرّاهنَ لتعدِّيه حيث خالف، وإن شاء المُرتَهن؛ لأنّه قبضَ ماله بغير أَمره، فإن ضَمَّن الرّاهنَ مَلَكَ الرّهنَ، فصار كأنّه رَهَنَ ملكه، فتترتب عليه أحكامُه، وإن ضَمَّنَ المرتهنَ رجَعَ بدينِهِ وبما ضَمِن على الرّاهن؛ لأنّه بسببِهِ وغُرُورِهِ.

ولو رَهَنَه ممّا عَيَّن، فهَلَكَ في يدِ المُرتهن صار مُستوفياً دينه؛ لما تقدّم، وعلى الرَّاهن للمُعير مثله؛ لأنّه صار قاضياً دينه، فيَرْجِعُ بمثلِهِ.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

وقال أبو يوسف ومحمد ﷺ: هي معتبرةٌ؛ لأنّها على غير المالك، وفي اعتبارها فائدة، وهي دفعُه إلى الجناية، ويبطلُ الرَّهن، وإن لم يطلب المُرتَهن الجناية بَقِي رهناً على حالِه.

وإن جَنَى على مالِه وقيمتُه والدَّين سواءٌ لا يُعتبرُ بالإجماع؛ لعدم الفائدة، وإن كانت القيمةُ أكثر، فكذا عند أبي حنيفة ﷺ.

وعنه: أنه يُعتبر بقدر الأمانة كجناية الوديعة على المُستودَع.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٢٣٠ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٢٣٢ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٢٣٤ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٢٣٦ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٢٣٨ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٢٤٠ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٢٤٢ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

السُّكنى، وهما يستويان فيها، ولكلٍّ واحدٍ منهما أن يَفْعَلَ في نصيبِهِ ما لا يضرُّ بالآخر، والمنفعتان متماثلتان، فكما أنّ لصاحب السُّفْل حفرُ البئر والسِّرداب، لصاحب العلوِّ أن يبني فوقَ عُلْوِه ما لم يضرّ بالسّفل على أصل.

ولأبي حنيفة ﷺ: أنّ منفعةَ السُّفل ضعفُ منفعةِ العُلْو؛ لأنّها تبقى بعد فوات العُلْو، وفي السُّفْل منفعةُ البناء والسُّكنى، وفي العُلْوِ السُّكنى لا غير، وليس له التَّعلّي إلا بأمر صاحبه على أصله، فيُعْتَبَرُ ذراعين بذراع نظراً إلى اختلاف المَنْفَعة.

ثمّ قيل : أبو حنيفة ﷺ بَنَى على أصلِه أنه ليس لصاحب العُلْو أن يبني على عُلْوِه إلا برضى صاحبِه، وعندهما: يجوز.

وقيل: أجاب على عادة أهل الكوفة في اختيارهم السُّفل على العُلْوِ.

قال: **(ولا تدخل الدَّراهم في القِسْمةِ إلا بتراضيهم)**؛ لأنّ القِسْمةَ في المشترك، ولا شركة في الدَّراهم، فإذا رضيا جاز[1]؛ لما بيّنا.

---

(١) أي أنّ القسمة تجري في المشترك، والمشترك بينهما العقار لا الدراهم، فإن أراد أحدهم أن يبذل في مقابلة البناء الدراهم لا يقبل إلا برضاء الآخر، وإنَّما يجعل الذرع من الأرض بإزاء البناء، كما في الخلاصة.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٢٤٦ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٢٤٨ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٢٥٠ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

(ولا) تجوزُ **(في ركوبِ دابّةٍ ولا دابّتين)**؛ لأنّ الرُّكوبَ يختلف باختلاف الرّاكب؛ لأنّ منهم الحاذق والجاهل، فلا تحصل المعادلة، بخلاف العبد، فإنّه يخدم باختياره، فلا يَتَحَمَّل فوقَ طاقته، وهذه العِلّة في استغلال الدَّوابّ أيضاً.

قال: **(ولا)** تجوز **(في ثمرةِ الشَّجر، ولا في لبن الغَنم وأولادها)**؛ لأنّ المهايأةَ قسمةُ المنافع، وفي هذا تستحقّ الأعيان، وما يحصل من ذلك يَتَفاوت، ولا تجوز قسمةُ الأعيان إلا بالتَّعديل، ولأنّ قسمةَ المنافع قبل وجودها ضرورية؛ لأنّه لا يُمكن قسمتُها بعد الوجودِ، ولا ضرورة في الأعيان.

قال: **(وتجوز في عبدٍ ودارٍ على السُّكنى والخدمة)**؛ لأنّ المقصودَ منهما يجوز عند اتحاد الجنس، فعند الاختلاف أولى.

قال: **(وكذلك كلُّ مختلفي المنفعة)**: كسُكنى الدَّار وزَرع الأَرض، وكذا الحَمَّام والدَّار؛ لأنّ كلَّ واحدٍ من المنفعتين يجوز استحقاقُها بالمهايأة ، والله أعلم .

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٣.وبمعنى الفَراغ، قال الله تعالى: {فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلاَةُ} [الجمعة: ١٠].

٤.وبمعنى التَّقدير، يُقال: قضى الحاكم النَّفقةَ: أي قدَّرها.

ويُستعمل في إقامةِ شيءٍ مقام غيره، يُقال: قَضَى فلانٌ دينَه: أي أقامَ ما دفعَه إليه مقام ما كان في ذِمَّتِه.

وفي الشَّرع: قولٌ ملزمٌ يصدرُ عن ولايةٍ عامّة[1].

وفيه معنى اللُّغة، فكأنّه أَلْزَمَه بالحُكْمِ وأَخْبَرَهُ به، وفَرَغَ من الحكم بينهما أو فَرَغا من الخُصومة، وقَدَّرَ ما كان عليه وما له، وأقامَ قضاءَه مَقامَ صُلْحِهما وتَراضيهما؛ لأنّ كلَّ واحدٍ منهما قاطِعٌ للخُصُومة.

اعلم أنّ **(القَضاءَ بالحقِّ من أَقْوى الفَرائضِ وأشرفِ العِبادات)**، وما من نبيٍّ من الأَنبياء إلا وأَمَره اللهُ تعالى بالقَضاء، وأَثْبَتَ لآدم اسم الخَليفة، وقال لنَبيِّنا ﷺ: {وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ اللهُ} [المائدة: ٤٩]، وقال لداود عليه السلام: {فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ} [ص: ٢٦].

---

(١) وجاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٧٨٦) أنَّه: «عبارة عن قطع القاضي المخاصمة وحسمه إياها، وهو على قسمين:
القسم الأول: هو إلزام القاضي المحكوم به على المحكوم عليه بكلام: كقوله: حكمت، أو أعط الشيء الذي ادعى به عليك، ويقال له: قضاء الإلزام وقضاء الاستحقاق.
والقسم الثاني: هو منع القاضي المدعي عن المنازعة بكلام: كقوله: ليس لك حقّ، أو أنت ممنوع عن المنازعة، ويقال لهذا: قضاء الترك».

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٣. ومُخَيَّرٌ فيه[١]: وهو أن يستوي هو وغيرُه في الصَّلاحيّة والقِيام به، فهو مخيَّرٌ إن شاء قَبِلَه، وإن شاء لا.

٤. ومَكروهٌ[٢]: وهو أن يكون صالحاً للقَضاء، لكنّ غيرَه أَقْوَمُ به وأَصْلَحُ.

٥. وحَرامٌ[٣]: وهو أن يَعْلَمَ من نفسِهِ العَجْزَ عنه، وعدمَ الإنصافِ فيه؛ لما يَعْلَمُ من باطِنه من اتِّباع الهَوَىٰ ما لا يَعرفونَه، فيَحْرُمُ عليه.

الناس، فأراد السعي في القضاء؛ ليعرف موضع علمه، فيستحبّ له تحصيل ذلك والدخول فيه بهذه النية، كما في معين الحكام ص١٠.

(١) أي مباح: وهو أن يكون فقيراً وله عيال، فيجوز له السعي في تحصيله؛ ليسد خلته، أو كان يقصد به دفع ضرر عن نفسه، كما في معين الحكام ص١٠.

(٢) وهو أن يكون سعيه في طلب القضاء؛ لتحصيل الجاه والاستعلاء على الناس، فهذا يكره له السعي، ولو قيل: إنَّه يحرم كان وجهه ظاهراً؛ لقوله ﷻ: {تلك الدار الآخرة نجعلها للذين لا يريدون علوا في الأرض ولا فسادا والعاقبة للمتقين} القصص: ٨٣، أو إن كان غنياً عن أخذ الرزق على القضاء، وكان مشهوراً لا يحتاج أن يشهر نفسه وعلمه بالقضاء، كما في معين الحكام ص١٠.

(٣) وهو أن يسعى في طلب القضاء، وهو جاهل ليس له أهلية القضاء، أو يسعى فيه وهو من أهل العلم لكنَّه متلبس بما يوجب فسقه، أو كان قصده بالولاية الانتقام من أعدائه، أو قَبول الرشوة من الخصوم وما أشبه ذلك من المقاصد، فهذا يحرم عليه السعي في القضاء، كما في معين الحكام ص١٠.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

قال: **(والأَولى أن يكون القاضي مُجْتَهداً)**[١]؛ لأنّ الحادثةَ إذا وَقَعَت يجب طلبُها من الكتاب، ثمّ من السُّنة، ثمّ من الإجماع، فإن لم يوجد في شيءٍ من ذلك استعمل الرّأي والاجتهاد، ويشهد له حديث مُعاذ ﷺ حين بعثه رسول الله ﷺ إلى اليمن وولاه الحكم بها، فقال له: «كيف تصنع إن عَرَضَ لك حكمٌ؟ قال: أَقضي بما في كِتابِ الله، قال: فإن لم تَجِدْ؟ قال: فبسُنّة رسول الله، قال: فإن لم تَجِدْ؟ قال: أَجتهد برأيي، فقال ﷺ: الحمدُ لله الذي وَفَّقَ رسولَ رسولِ الله لما يَرْضَي الله ورسولُه»[٢].

نلبسها، فإنا كنا ننتفع بذلك حين كنا في أمر المسلمين، فإذا مت فارددیه إلى عُمر، فلمّا مات أبو بكر ﷺ، أرسلت به إلى عُمر ﷺ، فقال عمر ﷺ: رضي الله عنك يا أبا بكر لقد أَتْعَبْتَ مَن جاء بعدك» في المعجم الكبير١: ٦٠، وسنده رجاله ثقات، كما في الإخبار٢: ٢٠٢.

(١) المقصود هاهنا هو المجتهد المطلق، وهذا ما كان في زمن أبي حنيفة ﷺ، والمتون وضعت لنقل قوله، فحافظت على هذا الترتيب، وإن لم يكن معتبراً فيما بعد عندما استقرّ الفقه، وأصبحاً علماً متكاملاً، فمن أراد تولي القضاء والإفتاء يجب أن يكون أهله ضابطاً لمسائله وما يتعلق به، قال الكاساني في البدائع٧: ٢: «من شرائط الفضيلة والكمال: أن يكون القاضي عالماً بالحلال والحرام وسائر الأحكام، قد بلغ في علمه ذلك حدّ الاجتهاد، عالماً بمعاشرة الناس ومعاملتهم، عدلاً ورعاً، عفيفاً عن التهمة، صائن النفس عن الطمع؛ لأنَّ القضاء هو الحكم بين الناس بالحق، فإذا كان المُقَلَّد بهذه الصِّفات، فالظَّاهر أنَّه لا يقضي إلا بالحقّ».

(٢) فعن معاذ بن جبل ﷺ عندما أوفده ﷺ إلى اليمن ليكون قاضياً هناك قال له ﷺ:

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٢٦٠ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٢٦٢ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

قال: **(ولا يَطْلُبُ الوِلاية)**[١]؛ لقوله ﷺ لعبد الرَّحمن بنِ سَمُرَة رضي الله عنه: «يا عبد الرَّحمن لا تسأل الوِلاية، فإنّك إن سَألتها وُكِّلْتَ إليها، وإن أُعطيتها أُعِنْتَ عليها»[٢]، وقال ﷺ: «مَن طَلَبَ عَمَلاً فقد غَلَّ[٣]»[٤]، وعن عُمر رضي الله عنه: «ما

---

(١) أي لا يطلبها بقلبه ولا يسألها بلسانه، وفي الينابيع: الطلب أن يقول للإمام: ولِّني، والسؤال أن يقول للناس: لو ولاّني الإمام قضاء مدينة كذا لأجبته إلى ذلك، وهو يطمع أن يبلغَ ذلك إلى الإمام فيقلِّده القضاء، وكلُّ ذلك مكروه، كما في الجوهرة٢: ٢٤١.

(٢) فعن عبد الرحمن بن سَمُرة رضي الله عنه، قال: قال لي رسول الله ﷺ: «يا عبد الرحمن بن سمرة، لا تسأل الإمارة، فإنَّك إن أُعطيتها عن مسألة وكِّلتَ إليها، وإن أُعطيتها عن غير مسألة أُعنت عليها» في صحيح مسلم ٣: ١٢٧٣، وصحيح البخاري ٩: ٦٣.
والذي قاله العبّاس رضي الله عنه: يا رسول الله، أَمِّرني على بعض ما ولاك الله، فقال النبي ﷺ: «يا عباس، يا عم رسول الله، نفس تنجيها خير من إمارة لا تحصيها» في السنن الكبير للبيهقي ١٠: ١٦٤، وقال: «هذا هو المحفوظ مرسل»، ومصنف ابن أبي شيبة ١٧: ٣٧٢.

(٣) من الإغلال، وهو الخيانة، كما في المغرب١: ٣٤٤.

(٤) فعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال ﷺ: «مَن طَلَبَ قَضاء المسلمين حتى يناله، ثم غلَبَ عدلُه جورَه، فله الجنّة، ومن غلَبَ جورُه عدلَه، فله النار» في سنن أبي داود٣: ٢٩٩.
وعن عدي بن عدي الكندي قال: بينا أبو الدرداء يوماً يسير شاذاً من الجيش إذ لقيه رجلان شاذان من الجيش، فقال: يا هذان، إنّه لم يكن ثلاثة في مثل هذا المكان إلا أَمروا عليهم، فليتأمر أحدُكم، قالا: أنت يا أبا الدرداء، قال: بل أنتما، سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ما من والي ثلاثة إلا لقي الله مغلولة يمينه فَكَّه عدلُه، أو غَلَّه جورُه» في صحيح ابن حبان١٠: ٣٨٣، والمعجم الأوسط١: ٢٠٥.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٢٦٦ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

ولو كان مكروهاً لما ولاه، وقال ﷺ: «إذا حَكَمَ الحاكمُ فأصاب فله أجران»[١].

واختيار أبي بكر الرَّازي ﷺ الامتناع عنه.

وقيل: الدُّخول فيه رخصةٌ والتَرْكُ عزيمةٌ، وهو الصَّحيح[٢].

(ومَن تَعَيّن له تُفترض عليه الولاية)[٣]، وقد بيّنّاه، ولو امتنع لا يُجبر عليه.

ولو كان في البلدِ جماعةٌ يصلحون وامتنعوا، والسُّلطان يَفْصِلُ بين الخصوم لم يأثموا، وإن كان لا يُمكنه ذلك أَثِموا، وإن امتنعوا حتى قلَّدَ جاهلاً أثم الكلّ.

الله سيهدي قلبك، ويثبت لسانك، فما شَكَكتُ في قضاء بين اثنين» في السنن الكبرى للنسائي٧: ٤٢١، وسنن ابن ماجة٢: ٧٧٤، ومسند أحمد٢: ٦٨، والمستدرك٣: ١٤٥، وصححه.

(١) فعن عمرو بن العاص ﷺ، قال ﷺ: «إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر» في صحيح مسلم ١: ١٣٤.

(٢) وفي «الهداية» و«الكافي»: والصَّحيحُ أنّ الدُّخول فيه رخصةً طمعاً في إقامة العدل، والترك عزيمة؛ لأنّه مأمورٌ بالقضاء بالحقّ، وربما يظنُّ في الابتداء أنّه يقضي بالحقّ، ثم لا يَقْدِرُ عليه في الانتهاء، ولأنّه لا يمكنه القضاء بالحقّ إلا بإعانة غيره، ولعلَّ غيره لا يعينه،كما مجمع الأنهر٢: ١٥٥، وفي رد المحتار٥: ٣٦٨: «هو الصحيح كما في «النهر» عن «النهاية»، وبه جزم في «الفتح»».

(٣) أي إن انحصر صار فرض عين عليه، وعليه ضبط نفسه، إلا إذا كان السلطان يمكن أن يفصل الخصومات ويتفرغ لذلك، «فتح»، كما في رد المحتار٥: ٣٦٧.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٢٧٠ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

ويَكْتُبان أَسماءَ المَحْبوسين ويَأخذان نُسْخَتَهم من المَعْزول؛ لينظر المُولَّى في أحوالِهم، فمَن اعترفَ بحَقٍّ، أو قامَت عليه بَيِّنةٌ أَلْزَمَه عَمَلاً بالحُجّة، وإلا نادىٰ عليه في مجلسِه مَن كان يُطالب فُلاناً المَحبوس بحقٍّ فليحضر، فمَن حَضَرَ وادّعىٰ عليه ابتدأ الحُكْمَ بينهم.

ويُنادي أيّاماً على حَسَبِ ما يَرَىٰ القاضي، وإن لم يَحْضُر لا يُخَلِّيه حتىٰ يَسْتَظْهر في أَمْره، فيَأخذ منه كَفيلاً بنفسِهِ؛ لاحتمال أنّه محبوسٌ بحقٍّ غائب، وهو الظَّاهر؛ لأنَّ فعلَ المَعْزول لا يكون عَبَثاً.

قال: **(ويَجْلِسُ للقَضاء جُلُوساً ظاهراً في المَسْجِدِ)**؛ لأنّ «رسولَ الله ﷺ كان يَفْصِلُ بين الخُصُوم في المَسْجد»[1]، وكان الخُلفاءُ الرَّاشدون بعده[2]، ودِكَّةُ عليٍّ ﷺ في مسجدِ الكوفةِ إلى الآن معروفة، وقال ﷺ: «إنّما بُنِيت المساجد لذكر الله وللحكم»[3]؛ ولئلا يَشْتَبه على الغُرباء مَكانه.

(والجامعُ أَولى)؛ لأنّه أَشهرُ، وإن كان الخَصْمُ حائضاً أو نُفساء خَرَجَ القاضي إلى بابِ المسجد، فنَظَر في خُصُومتِها، أو أمر مَن يَفْصِلُ بينهما، كما لو

---

(١) فعن سهل بن سعد ﷺ: «أن رجلاً قال: يا رسول الله أرأيت رجلاً وَجَدَ مع امرأتِه رجلاً أيقتله؟ فتلاعنا في المسجد، وأنا شاهد» في صحيح البخاري١: ٩٢.

(٢) لاعن عمر ﷺ عند منبر النّبيّ ﷺ، وقضىٰ شريح، والشعبي، ويحيىٰ بن يعمر في المسجد، وقضىٰ مروان على زيد بن ثابت باليمين عند المنبر، وكان الحسن، وزرارة بن أوفىٰ، يقضيان في الرَّحبة خارجاً من المسجد في صحيح البخاري٩: ٦٨ تعليقاً.

(٣) فعن أنس ﷺ، قال ﷺ: «إن هذه المساجد لا تصلح لشيء من هذا البول، ولا القذر إنّما هي لذكر الله ﷻ، والصلاة وقراءة القرآن» في صحيح مسلم١: ٢٣٦.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٢٧٤ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٢٧٦ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

قال : (**ولا يَبيعُ ولا يَشْتري في المَجْلس لنفسِهِ**)؛ لما فيه من التُّهمة، ولا بَأس في غير المَجْلس، وعن أبي حنيفة ﷺ: أنّه يُكره أَيضاً، وإنّما يَبيعُ ويَشتري ممَّن لا يَعرفُه ولا يُحابيه.

قال : (**ولا يَسْتَخلفُ على القَضاء، إلا أن يُفوَّضَ إليه ذلك**)؛ لأنّه كالوَكيلِ عن الإمام، والوَكيلُ ليس له أن يُوكِّلَ إلا أن يُؤذنَ له.

قال: (**ولا يَقضي على غائبٍ**)؛ لقوله ﷺ: «يا عليّ لا تقض لأحدٍ الخَصْمين حتىٰ تَسْمَعَ كلامَ الآخر»(١)، ولأنّ القَضاء لقطع المُنازعة، ولا مُنازعةَ بدون الإنكار، فلا وجه إلىٰ القَضاء.

قال: (**إلا أن يحضر مَن يقومُ مقامَه**) إمّا بإنابتِهِ كالوكيلِ أو بإنابةِ الشَّرْعِ كالوَصيِّ من جهةِ القاضي، (**أو يكون ما يَدَّعيه على الغائب سبباً؛ لما يَدَّعيه على الحاضر**): كمَن ادَّعىٰ داراً في يدِ رجلٍ، فأَنْكَرَ فأَقام المُدَّعي البيِّنةَ أنّه اشتراها من فلانٍ الغائبِ يُقضىٰ بها علىٰ الحاضر والغائب.

وكذا لو ادَّعىٰ شُفعةً وأنكر ذو اليد الشِّراء، فأَقام البَيِّنة أنّ ذا اليد اشتراها من الغائب يُقْضي علىٰ الحاضر والغائب جميعاً.

أبي شيبة١١: ٥٧٧، ومصنف عبد الرزاق٨: ٣٠٣، وسنن البيهقي الكبير٦: ١٠٩.

(١) فعن عليٍّ ﷺ، قال لي رسول الله ﷺ: «إذا تقاضى إليك رجلان فلا تقض للأوّل حتىٰ تسمع كلام الآخر، فسوف تدري كيف تقضي، قال علي: فما زلت قاضياً بعد» في مسند أحمد١: ٩٠، وسنن الترمذي٣: ٦١٨، وحسنه.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٢٨٠ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٢٨٢ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

وينفذ ببيع الأمة عنده حتى يحلّ للمشتري وطؤها.

وينفذ في الهبةِ والإرثِ حتى يحلّ للمشهود له أكلُ الهبة والميراث، ورُوي عنه أنّه: لا ينفذ فيهما.

لهما: قوله ﷺ: ((إنّكم لتَخْتَصمون إليّ، ولعلَّ بعضَكم أَلْحَن بحُجَّتِه من بعض، وإنّما أنا بشر أَقضي بما أَسمع، فمَن قَضَيْتُ له من مال أَخيه شيئاً بغير حقِّه، فإنّما أقطع له قطعةً من النّار»[1]، وأنّه عامٌّ فيَعُمَّ جميع الحقوق والعقود والفسوخ وغير ذلك، فينبغي أن يكون الحُكم في الباطن كهو عند الله تعالى.

وأمَّا الظَّاهرُ فالحكمُ لازمٌ على ما أَنْفَذَه القاضي، قال ﷺ: «أنا أقضي بالظَّاهر والله يتولى السَّرائر»[2].

---

(١) فعن أم سلمة رضي الله عنها، قال ﷺ: «إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا، فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار» في صحيح البخاري٩: ٨٩، وصحيح مسلم٣: ١٣٣٧.

(٢) فعن عمر رضي الله عنه: «إن أناساً كانوا يؤخذون بالوحي في عهد رسول الله ﷺ، وإن الوحي قد انقطع، وإنما نأخذكم الآن بما ظهر لنا من أعمالكم، فمَن أظهر لنا خيراً أَمّناه وقَرَّبناه، وليس إلينا من سريرته شيء، الله يحاسبه في سريرته، ومَن أظهر لنا سوءاً لم نأمنه، ولم نصدقه، وإن قال: إن سريرته حسنة» في صحيح البخاري٣: ١٦٩.

وعن ابن عباس رضي الله عنه، قال: «لو كنت راجماً أحداً بغير بيِّنة لرجمتها» في صحيح مسلم٢: ١١٣٥.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

وأمّا العّقود والفُسُوخُ، فإنّه يَمْلِكُ إنشاءهما، فإنّه يَمْلِكُ بيعَ أمةِ زيد وغيرها من عمرو حال غيبتِهِ وخوفِ الهلاكِ، فإنّه يبيعُه للحفظ، وكذلك لو مات ولا وصيَّ له، ويَمْلكُ إنشاءَ النكاح على الصَّغير والصَّغيرة، والفُرقة في العنين وغير ذلك، فثَبَتَ أنّ له ولايةُ الإنشاء في العُقود والفُسُوخ، فيُجعل القضاء إنشاءً احترازاً عن الحَرام، ولا يَمْلِكُ ذلك في الأملاك المرسلة بغير أسباب فتعذّر جعله إنشاء فبطل.

ثمّ نقول: لو لم يَنْفذْ باطناً، فلو قضى القاضي بالطَّلاق لبقيت حلالاً للزَّوج الأوّل باطناً والثَّاني ظاهراً.

ولو ابتلي الثَّاني بمثل ما ابتلي به الأوّل حَلَّت للثَّالث أيضاً، وهكذا رابع وخامس، فتحلُّ للكلِّ في زمانٍ واحدٍ، وفيه من الفُحْشِ ما لا يَخفى، ولو قُلنا: بنفاذه باطناً لا تحلّ إلا لواحدٍ، ولا فُحْشَ فيه.

فصل

الأصلُ في وجوبِ الحَبْس قوله ﷺ: «لَيُّ الواجدِ[1] ظُلْمٌ يَحِلُّ عَرْضُه وعقوبتُه»[2]، والعُقوبةُ: الحَبْسُ، ورُوي ذلك عن السَّلف، ولأنّ القاضي

---

(١) والمعنى أن مطل الغني يحل ذم عرضه. ينظر: المغرب ص٤٣٣.

(٢) فعن الشريد ﷺ، قال ﷺ: «لَيُّ الواجد يُحِلّ عرضه وعقوبته، قال ابن المبارك: يحل عرضه يغلظ له، وعقوبته يحبس له» في سنن أبي داود٣: ٣١٣، وفي صحيح البخاري ٣: ١١٨ معلقاً: «ويذكر عن النبي ﷺ: «ليّ الواجد يحل عقوبته وعرضه، قال سفيان: عرضه يقول: مطلتني وعقوبته الحبس».

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٢٨٨ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٢٩٠ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

(وأبو يوسف ﷺ: لم يشترط شيئاً من ذلك لمّا ابتلي بالقَضاء) تَسْهيلاً على النَّاس، **(واختارَه السَّرَخْسي ﷺ، وليس الخَبَرُ كالعِيان)**[1].

قال أبو بَكر الرَّازيُّ ﷺ: ولو كَتَبَ من فلانِ ابنِ فلان ابن فلان إلى كلّ مَن يَصِل إليه من قُضاة المسلمين وحُكَّامِهم ينبغي لكلِّ مَن وَرَدَ الكتاب عليه من القضاة أن يَقْبَلُه؛ لأنّ الخِطابَ جائزٌ لقوم مجهولين، فإنّ رسولَ الله ﷺ كَتَبَ إلى الآفاق ودعاهم إلى الإسلام ولم يَعْرِفْهُم، وكذلك أَمَرنا ونَهانا، وكُنّا مَجْهولين عنده، وصَحَّ خِطابُه ولزمَنا، والقُضاةُ اليوم عليه[2].

وينبغي أن يكون داخلَ الكتاب اسم القاضي الكاتِب والمكتوب إليه، وعلى العِنوان أيضاً، فلو كان على العِنوان وحَده لم تُقْبَل خِلافاً لأبي يوسف؛ لأنّ ما ليس تحت الخَتْم مُتَوَهَّمُ التَّبديل[3].

---

(١) يعني أن أبا يوسف قبل أن يبتلي بقضاء، قال فيه مثل ما قالا، ولما ابتلي بالقضاء وعاين بما فيه، قال: جميعُ ذلك ليس بشرط تسهيلاً على النَّاس، وإن كان الاحتياطُ فيما قالا، كما في مجمع الأنهر٢: ١٦٦، واكتفى أبو يوسف بأن يشهدهم أنه كتابه وعليه الفتوى، كما في «العزمية» عن «الكفاية»، وفي «الملتقى»: وليس الخبر كالعيان، كما في الدر المختار٥: ٤٣٤.

(٢) وجوَّزه أبو يوسف ﷺ، فإنه توسع بعد ما ابتلي بالقضاء، كما في الغرر والدرر٢: ٤١٤، وفي المحيط٨: ١٣٤: « وأبو يوسف ﷺ توسع حين ابتلي بالقضاء، ورأى أحوال الناس، واستحسن في كثير من المسائل تسهيلاً للأمر على الناس»، وفي البناية٩: ٣٩: «وعليه عمل الناس اليوم».

(٣) وفي الدر المختار والتنوير٥: ٤٣٤: « يكتب عنوانه في باطنه، وهو أن يكتب فيه

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

فصل

(**حَكَّما رَجُلاً ليَحْكُمَ بينهما جازَ**)(١)؛ لأنّ لهما ولايةً على أنفسِهما، حتى كان كالقاضي في حَقِّهما والمُصالِحِ في حقِّ غيرهما؛ لأنّ غيرَهما لم يرض بحُكْمِه، وليس له عليه ولايةٌ، بخلاف القاضي.

وصورته: إذا رَدَّ المشتري المَبيع على البائع بعيب بالتَّحكيم، لا يَمْلِكُ الرَدَّ على بائعه؛ لما ذكرنا.

وكذلك إذا حَكَّما في قَتْلٍ خطأٍ، فَحَكَمَ بالدِّيةِ على العاقِلة لا يَلْزمُهم؛ لعدم ولايتِهِ عليهم.

(**ولا يجوز التَّحكيم فيما يَسْقُطُ بالشُّبهة**): كالحُدُود والقِصاص؛ لأنّه لا ولاية لهما على دمِهما، حتى لا يُباح بإباحتِهما.

---

(١) فعن أبي سعيد الخُدْرِي ﷺ، قال: «لما نزلت بنو قريظة على حكم سعد هو ابن معاذ، بعث رسول الله ﷺ وكان قريباً منه، فجاء على حمار، فلَما دنا قال رسول الله ﷺ: قوموا إلى سيدكم، فجاء فجلس إلى رسول الله ﷺ، فقال له: إنَّ هؤلاء نزلوا على حكمك، قال: فإنّي أحكم أن تقتل المقاتِلَة وأن تسبى الذرية، قال: لقد حكمت فيهم بحكم المَلِكِ» في صحيح البخاري٣: ١١٠٧، وصحيح مسلم ٣: ١٣٨٨.
وعن عامر، قال: «كان بين عمر وأُبيّ ﷺ خصومة في حائط، فقال عمر ﷺ: بيني وبينك زيد بن ثابت، فانطلقا، فطرق عمر ﷺ الباب، فعرف زيد ﷺ صوته، ففتح الباب، فقال: يا أمير المؤمنين، ألا بعثت إلي حتى آتيك؟ فقال: في بيته يؤتى الحَكَمُ» ... في السنن الكبرى للبيهقي ١٠: ٢٤٣، وعن الشعبي في مسند ابن الجعد ص٢٦٠.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

(وإن رُفِع حُكْمُه إلى قاض أَمضاه إن وَافَقَ مذهبَه)؛ لعدم الفائدة في نقضِه، **(وأبطلَه إن خالفَه)**؛ لأنّه لا ولايةَ له عليه، فلا يَلزمه إنفاذُ حُكْمِه، بخلاف القاضي؛ لأنّ ولايتَه عامّةٌ.

(ولا يجوز حُكْمُهُ لَمَن لا تُقْبَلُ شَهادتُه له)؛ للتُّهمة[1]، والله أعلم.

---

(١) لأنَّه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة، فكذلك لا يصحّ القضاء لهمأ بخلاف ما إذا حكم عليهم؛ لأنَّه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة، فكذا القضاءأ كما في الهداية٧: ٣٢٠.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

قال: **(ولا يجوز تَصَرُّفُ المجنونِ والصَّبيِّ الذي لا يَعْقِلُ أَصْلاً)**؛ لعدم الأَهليّة.

(وتَصَرُّف الذي يَعْقِلُ إن أَجازه وليُّه، أو كان أَذِنَ له يجوز)؛ لأنَّ الظّاهرَ أنَّ الوَليَّ ما أَجاز ذلك إلا لمصلحةٍ راجحةٍ نظراً له، وإلا لَمَا أَجاز.

(والعبدُ) مع مولاه: **(كالصَّبيِّ الذي يَعْقِلُ)** مع وليِّه؛ لأنّ الحقَّ للمَوْلى، فإذا أجازَه جاز.

قال: **(والصَّبيُّ والمجنونُ لا يَصِحُّ عقودُهما وإقرارُهما وطلاقُهما وعتاقُهما)**، قال ﷺ: «كلّ طلاق واقع إلا طلاق الصَّبي والمعتوه»(١)، والعتقُ تمحض ضرراً، ولأنّه تَبَرُّعٌ، وليسا من أهلِه.

وكذلك الإقرارُ؛ لما فيه من الضَّرر.

---

(١) فعن أبي هريرة ﷺ، قال ﷺ: «كلُّ طلاق جائز، إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله» في سنن الترمذي٣: ٤٨٨، وقال: «هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث عطاء بن عجلان، وعطاء بن عجلان ضعيف ذاهب الحديث، والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم: أن طلاق المعتوه المغلوب على عقله لا يجوز إلا أن يكون معتوهاً يفيق الأحيان، فيطلق في حال إفاقته»، وشرح مشكل الآثار١٢: ٢٤٣.

وعن عليٍّ وابنِ عباس ﷺ: «كل طلاق جائز، إلا طلاق المعتوه» في مسند ابن الجعد١: ١٢٠.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

وحالمة ديناراً»[١]: أي بالغٍ وبالغةٍ، والحَبَلُ والإحبال لا يكون إلا به، والحَيْضُ علامةُ البُلُوغ أيضاً، قال ﷺ: «لا صَلاةَ لحائضٍ إلا بخِمار»[٢]: أي بالغ.

وأمّا البُلُوغ بالسِّنّ، فالمذكورُ مذهبُ أبي حنيفة ﷺ.

وقالا: بلوغُهما بتمام خمسَ عشرةَ سنةً؛ لأنّه المعتاد الغالب، وعن ابن عُمر ﷺ، قال: «عُرضتُ على النَّبيِّ ﷺ وأنا ابنُ أَربعَ عشرةَ سنةً فرُدَّني، وعُرِضَتُ عليه في السَّنة الثَّانية فأَجازني»[٣].

وله: قوله تعالى: {وَلاَ تَقْرَبُواْ مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ} [الأنعام: ١٥٢]، قال ابنُ عَبَّاس ﷺ: «ثماني عشرةَ سُنةً»[٤]، وهي أقلُّ ما قيل

---

(١) فعن معاذ ﷺ، قال: «بعثني النّبي ﷺ إلى اليمن، فأمرني أن آخذ من كل ثلاثين بقرة تبيعاً أو تبيعة، ومن كلّ أربعين مسنة، ومن كلِّ حالمٍ ديناراً، أو عدله معافر» في سنن الترمذي٣: ١١، وسنن أبي داود٢: ١٠١، وسنن النسائي الكبرى٣: ١٦، وصحيح ابن خزيمة٤: ١٩، وصحيح ابن حبان١١: ٢٤٤.

(٢) سبق تخريجه عن عائشة رضي الله عنها، قال ﷺ: «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار» في صحيح ابن حبان ٤: ٦١٤.

(٣) فعن ابن عمر ﷺ: «إنَّ رسول الله ﷺ عرضه ـ أي: استعرضه مع الجيش ـ يوم أحد، وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يجزه، ثم عرضني يوم الخندق، وأنا ابن خمس عشرة فأجازني»، قال نافع: فقدمت على عمر بن عبد العزيز ﷺ، وهو خليفة، فحدَّثته هذا الحديث، فقال: «إنَّ هذا لحدّ بين الصغير والكبير، وكتب إلى عماله أن يفرضوا لمن بلغ خمس عشرة» في صحيح البخاري ٢: ٩٤٨، وصحيح مسلم ٣: ١٤٩٠.

(٤) فعن ابن عباس ﷺ، في قوله تعالى: {حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ} [الأحقاف: ١٥] قال:

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٣٠٢ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

ولأنّه مخاطبٌ فلا يحجر عليه كالرَّشيد، ولأنّه لا يُدفع الضَّررُ عنه بالحجر، فإنّه يَقْدرُ على إتلافِ أموالِه بتزويج الأَربع وتطليقهنّ قبل الدُّخول وبعده في كلِّ يوم ووقت، ولا معنىٰ للحَجر عليه لدفع الضَّرر عنه، ولا يَنْدَفع، ولأنّ الحَجْرَ عليه إهدارٌ لآدميتِه، وإلحاقٌ له بالبَهائم، وضرره بذلك أَعْظم من ضرره بالتَّبذير وإضاعةِ المال، وهذا ممَّا يعرفه ذوو العُقول والنُّفوس الأَبية، ولا يجوز تحمل الضَّرر الأعلىٰ؛ لدفع الضَّرر الأدنىٰ، حتىٰ لو كان في الحَجْر عليه دفع الضَّرر العام جاز: كالمفتي الماجن، والطَّبيب الجاهل، والمُكاري المُفلس؛ لعموم الضَّرر من الأوّل في الأَديان، ومن الثَّاني في الأَبدان، ومن الثَّالث في الأموال.

وأمَّا حديث مُعاذ ﷺ قُلنا: إنّما باع ماله برضاه؛ لأنّ معاذاً ﷺ لم يكن سَفيهاً، وكيف يُظنُّ به ذلك، وقد اختاره ﷺ للقَضاء وفَصْل الحُكم، وكذلك بيع عُمر ﷺ، وقيل: كان بيعُ الدَّراهم بالدَّنانير، وأنّه جائز.

والحَجرُ عليه أبلغ عقوبةً من مَنْع المال، فلا يُقاس عليه.

ومنعُ المال عنه مُفيدٌ؛ لأنّ غالبَ السَّفه يكون في الهِبات والنَّفقات فيما لا مَصلحةَ فيها، وذلك إنّما يكون باليد.

وإذا حَجَر عليه القاضي ورُفِع إلىٰ قاض آخر فأَبْطَلَه جاز؛ لأنّ القَضاءَ الأَوَّل مختلفٌ فيه، ولا قَضاءَ في مختلفٍ فيه، فلو أَمْضاه الثَّاني، ثمّ رَفَعَ إلىٰ ثالثٍ لا ينقضُه؛ لأنّ الثّاني قَضَىٰ في مختلفٍ فيه فلا يَنْقُض.

«إذا بايعت فقل لا خَلابة» في صحيح البخاري ٣: ٦٥

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

وعشرين سنة»، وفَسَّر الأَشد بذلك في قوله تعالىٰ: {حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ} [الأنعام: ١٥٢]، وتصرّفُه قَبْل ذلك نافذٌ؛ لأنّ المنعَ عنه للتَّأديب لا للحَجْر، فلهذا نَفَذَ تصرُّفُه فيه.

ثمّ نُفَرِّعُ المسائل علىٰ قولهما فنقول:

إذا حَجَرَ القاضي عليه صار في حُكِم الصَّبيِّ، إلاّ في أشياء، فإنّها تصحُّ منه كالعاقل، وهي: النِّكاحُ، والطَّلاقُ، والعِتاقُ، والاستيلادُ، والتَّدبيرُ، والوَصِيَّةُ، مثل وصايا النَّاس، والإقرارُ بالحُدُود والقِصاص؛ لأنّه من أهل التَّصرُّفات؛ لكونه مُخاطباً.

أمّا النِّكاح، فهو من الحوائج الأَصلية، ويلزمُ بمثل مَهْر المِثْل؛ لأنّه لا غَبْنَ فيه، ويَبْطُلُ ما زاد عليه؛ لأنّه تصرَّف في المال، وصار كالمريض المديون.

وإن كانت المرأة سفيهةً فزوَّجت نفسَها من كفءٍ بأقلَّ من مهر المِثْل جاز، فإن كان أَقلَّ بما لا يَتَغابن فيه النَّاس، ولم يَدْخُل بها، يُقال للزَّوج: إمّا أن تتمَّ لها أو تُفارقها؛ لأنّ رضاها بالنّقصان لم يصحّ، ويُخيّر الزَّوج؛ لأنّه ما رَضِي بالزِّيادة، وإن دَخَلَ بها لم يُخيّر ووجب مهر المِثْل، فلا فائدة في التَّخيير.

وأمّا الطَّلاقُ، فلقوله ﷺ: «كلُّ طلاقٍ واقعٍ إلا طَلاق الصَّبيّ والمعتوه»[1]؛ ولأنّ كلّ مَن ملك النِّكاح وقع طلاقُه.

---

(١) سبق تخريجه عن أبي هريرة ﷺ، قال ﷺ: «كلُّ طلاق جائز، إلا طلاق المعتوه المغلوب علىٰ عقله» في سنن الترمذي٣: ٤٨٨.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

وأمّا الكفّارات فما للصّوم فيه مدخلٌ، فيكفره بالصَّوم لا غير: كابنِ السَّبيل المُنْقَطِع عن ماله.

ولو أَعتق عن ظهارِهِ نَفَذَ العِتْق وسَعَىٰ في قيمتِه، ولا يُجْزيه عن الظِّهار؛ لأنّه عتقٌ ببدل كالمريض المديون إذا أَعتق عن ظِهاره ثمّ مات يَسْعىٰ العبد للغرماء ولا يُجْزيهِ.

وكذا سائر الكفَّارات.

ولو كَفَّرَ بالصَّوم ثمّ صَلَحَ قَبْلَ تمامه فعليه أن يُكفّر لزوال العَجْز.

وأمّا الحَجُّ فإنّ القاضي يُسلِّم النَّفقةَ إلىٰ ثقةٍ في الحاجِّ يُنفقُها عليه، ولا يُمْنَعُ من عُمرةٍ واحدةٍ؛ لوجوبها عند بعض العلماء، ولا من القِران؛ لأنّه أفضلُ وأَثْوَبُ، ولأنّه لا يُمْنَعُ من كلِّ واحدةٍ منهما علىٰ الانفراد، فكذا علىٰ الاجتماع، وبل أولىٰ؛ لأنّه أَفْضلُ.

وله أن يسوقَ البَدَنة لمكان الاختلاف، فإنّ عُمر ﷺ فسَّرَ الهَدي بالبَدَنة.

ويَلْزَمُه حقوقُ العباد إذا تحقَّقت أسبابُها عملاً بالسَّبب، وكذلك النَّفقةُ علىٰ زوجتِهِ وولدِهِ وذوي أرحامه؛ لأنّ السَّفه لا يُبْطِلُ حقوقَ العِباد، ولأنّ نفقةَ الزّوجة والأَوْلاد من الحوائج الأصلية.

قال: **(ولا يُحجر على الفاسق)**.

أمّا عنده فظاهر، وأمّا عندهما إن كان مُصلحاً لمالِهِ؛ لقوله تعالىٰ: {فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا}[النساء: ٦] الآية، وقد أونس منه نوعُ رشدٍ، وهو

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٣١٠ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٣١٢ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

وفائدتُه: اهتداءُ الصَّبيِّ والعَبْد إلى إصدارِ التَّصرُّفاتِ واكتسابِ الأَمْوال واستجلابِ الأَرباحِ، وقد نَدَبَ اللهُ تعالى إلى ذلك بقوله : {وَابْتَلُواْ الْيَتَامَىٰ} [النساء : ٦]: أي اختبروهم بشيءٍ تَدْفَعونَه إليهم ليَتَصرَّفوا فيه، فتَنْظروا في تصرُّفهم، والدَّليل على جوازه ما روي «أنَّ النَّبيَّ ﷺ كان يجيب دعوةَ المملوك»(١)، ولا يجوز إجابة دعوة المحجور عليه، فدلَّ على جَواز الإذن، وعليه الإجماع.

ثمّ العبدُ بالإذن يصيرُ كالأَحرار في التَّصرُّفات؛ لأنّه كان مالكاً للتَّصرُّفات بأَهليتِه بأصل الفطرة، باعتبار عقله ونطقه الذي هو ملاك

العبد لنفسه بأهليته، فإنَّه ليس بتوكيل، والوكيل هو الذي يتصرَّفُ لغيره، ولا يرجع بالعهدة على سيده، فإنَّه إذا اشترى شيئاً لا يطلب الثمن من المولى لكونه مشترياً لنفسه، بخلاف الوكيل فإنَّه يطلب الثمن من الموكل؛ لأنَّه اشترى للموكل، ولا يتوقَّت إسقاط الحق بخلاف التوكيل فإنَّه يتوقت».

(١) فعن أنس ﷺ: «كان رسول الله ﷺ، يعود المريض، ويشيع الجنازة، ويجيب دعوة المملوك، ويَركب الحمار، وكان يوم قريظة، والنضير على حمار، ويوم خيبر على حمار مخطوم برسن من ليف، وتحته إكاف من ليف» في سنن ابن ماجة٢: ١٣٩٨، والمستدرك٢: ٥٠٦، وصححه، ومسند البزار١٤: ٨٣، ومسند ابن الجعد١: ١٣٣، ومسند الطيالسي٣: ٦٠٦.

وعن ابن عباس ﷺ: «كان رسول الله ﷺ يجلس على الأرض، ويأكل على الأرض، ويعتقل الشَّاة، ويجيب دعوة المملوك على خبز الشعير» في المعجم الكبير١٢: ٦٧، وشعب الإيمان١٠: ٤٨٦.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

وكذلك إذا قال: أدّ إليّ الغَلّة، أو إن أَدَّيت إليّ ألفاً فأنت حرٌّ؛ لأنّه لا قُدْرةَ على ذلك إلا بالكسب، ولا كسبَ إلا بالتِّجارة.

ويجوز تصرُّفُه بالغُبْن.

وقالا: لا يجوز إذا كان غُبْناً فاحشاً؛ لأنّ الزِّيادة بمنزلة التَّبرُّع.

وله: أنّه يتصرَّفُ بأَهليتِهِ كالحُرِّ، وهذه تجارةٌ فتجوز، والصَّبيُّ المأذونُ على هذا الخلاف.

والخاصُّ أن يأذنَ له في التِّجارة في نوعٍ خاصّ بأن يقول له: أَذنت لك في البَزِّ أو في الصَّرف أو في الخِياطة أو في الصِّياغة، فإنّه يصير مأَذوناً في جميع التِّجارات والحِرَف.

وكذلك إذا نَهاه عن التِّجارة في نوع خاصٍّ.

وكذلك لو قال: أَذِنت لك في التِّجارة في البَرّ دون البحر.

وقال زُفر ﷺ: يختصُّ بما قَيَّدَه به؛ لأنّه يستفيدُ التَّصرُّف بإذنه كالوكيل.

ولنا: ما بيَّنّا أنّه فكُّ الحَجر ورفعُ السَّبب الذي كان لأَجله محجوراً، فبعده يتصرَّفُ لنفسه بأهليتِه كما بعد الكتابة، وفَكُّ الحَجْر يوجد بالإذن في نوعٍ واحدٍ؛ لأنّ الضَّرر الذي يلحق بالمولى لا يتفاوت بين نوع ونوع، فيلغو التَّقييد، ويبقى قوله: اتّجر، وليس كالوَكيل؛ لأنّه يصحُّ بقوله: أَذِنت لك في التِّجارة، ولا يصحُّ التَّوكيلُ به؛ لأنّه مجهولٌ.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

وقال أبو يوسف ﷺ: يُزوِّجُ الأمةَ؛ لأنّه نوعُ تجارةٍ، وهو وجوبُ نفقتِها على غيره، بخلاف العبدِ؛ لأنّه يوجب عليه نفقةَ زوجته.

ولهما: أنّه ليس تجارة، ولهذا لا يملكه في العبدِ، ونفقتُها ليست بتجارةٍ، ولأنّ الزَّواجَ عَيْبٌ في الأَمة.

(ولا يُكاتب)؛ لأنّه إطلاقٌ، وليس بتجارةٍ.

(ولا يَعتق) بمال، ولا بغير مال.

(ولا يُقْرض، ولا يَهَبُ) بعوضٍ ولا بغير عوض، **(ولا يَتَصَدَّقُ)**؛ لأنَّ ذلك تَبَرُّعٌ ابتداءً، أو ابتداءً وانتهاءً وليس من التِّجارات.

(ولا يَتَكَفَّلُ) بنفس ولا بمال؛ لأنّه تبرُّع.

قال: **(ويهدي القليل من الطَّعام، ويُضيف معامليه)**؛ لأنّه من صَنيع التُّجار، وفيه استمالة قلوب المعاملين، وقد صحّ أنه ﷺ «قبل هدية سلمان الفارسي، وكان عبداً».

وقال مُحمّد ﷺ: يَتَصدَّقُ بالرَّغيف ونحوه ، ولم يُقدِّر محمّدٌ ﷺ الضِّيافة اليَسيرة.

وقيل: ذلك على قَدْر مال التِّجارة، إن كانت نحو عشرةَ آلاف، فالضِّيافة بعشرةٍ، وإن كانت تجارتُه عشرةَ دراهم فدانق كثيرٌ.

وله أن يحطَّ من الثَّمن بعيبٍ كعادة التُّجار، ولعلَّه أصلح من الرِّضا بالعَيب، ولا يحطُّ بغير عيبٍ؛ لأنّه تبرُّعٌ.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

يتضرَّرون بذلك؛ لأنّهم إذا لم يتعلَّق حَقُّهم بكسبِهِ وبرقبتِهِ يتأخر إلى ما بعد الحرية، وقد لا يعتق، فيتضررون إمّا بالتَّأخير أو بالعَدم.

ولو حَجَرَ عليه في السُّوق عند رجل أو رجلين لا يَنْحَجِرُ.

ولو حَجَرَ عليه في البيت عند أهل سُوقة أو أكثرهم انحجر، والمعتبرُ اشتهار الحَجْر عندهم إذا كان الإذنُ مشهوراً، أَمّا إذا لم يَعْلَمْ بالإذن غيرُ العبد، ثمَّ عَلِمَ بالحَجْر انْحَجَرَ.

ولا يزال مأذوناً حتى يَعْلَمَ بالحَجْر كالوَكيل؛ لأنّه يتضَّرر لو انحجر بدون علمِه، لأنّه يلزمُه قضاءُ الدُّيون بعد الحرية، وأنّه ضررٌ به.

قال: (**وإن وَلَدَت المأذونةُ من مَوْلاها فهو حَجْرٌ**) خلافاً لزُفر رضي الله عنه.

له: أنّ ذلك لا يَمْنَعُ الإذن ابتداءً، فكذا بقاءً.

ولنا: أنّه يُحَصِّنُها عادةً، فيَمْنَعُها من الخُروج والبُروز والتَّصرُّفات، فكان حجراً دلالةً، بخلافِ الابتداء، فإنّه صريحٌ في الإذنِ، فلا تُعارضه الدَّلالة.

قال: (**والإباقُ حَجْرٌ**)؛ لأنّه لا يقدرُ على قضاءِ دينِه من كَسبِه، وهو ما أَذِن له إلا بهذا الشَّرط مَقْصوداً.

قال: (**ولو مات المولى أو جُنّ، أو لحق بدار الحَرْب مُرْتداً صار مَحْجُوراً**)؛ لأنّه زال ملكُه عنه بالموت واللَّحاق، ألا تَرَى أنّه يَنْتَقِلُ إلى ملكِ ورثتِه، وهو عقدٌ غيرُ لازم، فيَزول بزوال الملك، وبالجنون زالت الأهليّة، فيبطل الإذن

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

في الدَّين المُحيط، والمأذونُ يملكُه؛ لكونه آدمياً مكلّفاً، لكن ملكاً مُنْتَقلاً لا مُسْتَقرّاً كملك المقتول الدِّية والجنين الغُرّة ، ثمّ تنتقلُ إلى ورثتِهِ حتى يكون مَوروثاً عنه، بخلاف ما إذا لم يكن مُستغرقاً؛ لأنّ الإنسانَ قلّ ما يخلو عن قليل الدَّين سيما التُّجار، فلو اعتبرنا القَليلَ مانعاً أدّى إلى سدِّ باب التَّصرُّفات على المولى، فيَمْتَنِعُ عن الإذنِ.

قال: **(وإن أَعتقه نَفَذَ)**؛ لبقاءِ ملكِهِ فيه، **(وضَمِن قيمتَه للغُرماء، وما بَقِي فعلى العبد)**؛ لأنّ حقَّهم تعلَّقَ برقبتِه، وقد فَوَّتها بالعتق فيَغْرَمُ له قيمتَها، وما فَضَلَ أخذوه من المُعْتَق؛ لأنّه حُرٌّ مديونٌ، وإن شاؤوا ضَمَّنوا المعتَق جميع ديونهم؛ لأنّ حقَّهم تعلَّق برقبتِه، وقد حَصَلَت له فيضمَنُها، وإن كان الدَّين أقلَّ من قيمتِه ضَمِنَ الدَّين؛ لأنّ حقَّهم فيه.

قال: **(ويجوز أن يبيعَه المولى بمثل الثَّمن أو أقلّ)**؛ لأنّه أَجنبيٌّ عن كسبه إذا كان مَديوناً كما بيّنّا ولا تهمةُ فيه، وفيه منفعةٌ للعبد بدخول المبيع في ملكه، فإن باعه وسَلَّمه ولم يقبض الثَّمن سَقَطَ إن كان دَيناً؛ لأنّ المولى لا يثبتُ له دينٌ على عبدِه، وإن كان الثَّمنُ عَرضاً لا يَسْقط لجواز بقاءِ حقِّه في العين.

قال: **(ويجوز أن يبيعَ من المولى بمثل الثَّمن أو أكثر)**؛ لأنّه كالأجنبيّ، ولا تهمةَ، حتى لو باعه بأقلّ من القيمة لا يجوز للتُّهمة.

ولو باع المولى العبدَ فقبضه المشتري وغيَّبه، فالغُرماءُ إن شاؤوا ضَمَّنوا البائعَ القيمةَ؛ لأنّه أتلف حقَّهم بالبيع والتَّسليم، وإن شاؤوا ضَمَّنوا المشتري بالشِّراء والتَّغييب، وإن شاؤوا أجازوا البيع وأخذوا الثَّمن؛ لأنّ الحقَّ لهم

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

ثمّ قيل: هو مُعتبرٌ بالهَزْلِ المُنافي للرِّضا، فما لا يؤثرُ فيه الهَزل لا يؤثر فيه الإكراه كالطَّلاقِ وأَخواته.

وقيل: هو مُعتبرٌ بخيارِ الشَّرْطُ الخالي عن الرِّضا بموجَبِ العَقد، فما لا يؤثر فيه الشَّرط لا يُؤثرُ فيه الإكراه.

قال: (**ويعتبرُ فيه قدرةُ المُكْرِه على إيقاع ما هَدَّدَه به**)؛ لأنّه إذا لم يكن قادراً عليه لا يَتَحقَّقُ الخوفُ، فلا يَتَحقَّقُ الإكراه، وما رُوِي عن أبي حنيفة ﵁: أنّ الإكراهَ لا يَتَحقّقُ إلا من سلطان، فاختلافٌ عصر وزمان.

(**و**)لا بُدّ من (**خَوْفِ المكرَه عاجلاً**)؛ لأنّه لو لم يخفّ فعلَه يكون راضياً، فلا يكون مُكرَهاً؛ لأنّ الإكراهَ ما يَفْعَلُه بغيره، فيَنْتَفي به رضاه، أو يَفْسُدُ عليه

السلطان فلا يجد غوثاً، وقال أبو يوسف ومُحَمَّد ﵉: أنَّه يتحقّق من السلطان وغيره؛ لأنَّ الإكراه ليس إلاّ إيعاد بإلحاق المكروهٍ وهذا يتحقَّقُ من كلِّ مُسَلِّط.

فأمّا البلوغ، فليس بشرط لتحقُّق الإكراه، حتّىٰ يتحقّق من الصبيّ العاقل إذا كان مطاعاً مسلّطاً، وكذلك العقل والتمييز المطلق ليس بشرط، فيتحقَّق الإكراه مِنَ البالغ المختلط العقل بعد أن كان مُطاعاً مُسلّطاً.

٢. أن يَقَعَ في غالبِ رأي المكرَه وأكثرِ ظنِّه أنَّه لو لم يُجِب إلىٰ ما دُعي إليه تَحقّق ما أَوْعَد به؛ لأنَّ غالبَ الرأي حُجّة، خُصوصاً عند تعذُّر الوصول إلىٰ التعيّن، حتىٰ أنَّه لو كان في أكثر رأي المكرَه أنَّ المكرِه لا يحقق ما أوعده لا يثبت حكم الإكراه شرعاً وإن وجد صورة الإيعاد؛ لأنَّ الضرورةَ لم تتحقّق؛ لأنَّ العبرةَ لغالب الرأي وأكثر الظنّ دون صورة الإيعاد، كما في البدائع٧: ١٧٦.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

ولا ينقطعُ حَقُّ الاسترداد ههنا، وإن تداولته الأيدي، بخلاف البيع الفاسد؛ لأنّ الفسادَ لحقِّ الشَّرع، وقد تعلَّق بالبيع الثَّاني حقُّ العبد، وهنا أيضاً الرَّدُّ حقُّ العبد، وهما سواء.

ولو أُكره بضربِ سوطٍ، أو حبس يوم، أو قيدِ يوم لا يكون إكراهاً؛ لأنّه لا يُبالي به عادةً، إلا إذا كان ذا منصبٍ يَسْتَضِرُّ به، فيكون إكراهاً في حقِّه لزوال الرّضى.

وأَمّا الإقرارُ فليس بسببٍ، لكن جُعل حجّةً لرجحان جانب الصِّدق، وعند الإكراه يَترَجَّحُ جانبُ الكذب؛ لدفع الضَّرر.

(وإن قَبَضَ العِوَضَ طَوْعاً، فهو إجازةٌ)؛ لأنّه دليلُ الرِّضا كالبَيِّع الموقوف، **(وإن قَبَضَه مُكرَهاً فليس بإجازةٍ، ويردُّه إن كان قائماً، فإن هَلَكَ المَبيعُ في يدِ المُشتري، وهو غيرُ مُكْرَهٍ، فعليه قيمتُهُ)**؛ لأنّه بيعٌ فاسد، والمقبوضُ فيه مَضمونٌ بالقيمةِ.

(وللمكرَه أن يُضمِّن المكرِه)؛ لأنّه كالآلةِ له، فكأنّه هو الذي دَفَعَه إلى المشتري، فصار كغاصِب الغاصب، فإن ضمِن المُكرِه رَجَعَ على المُشتري؛ لأنّه صار كالبائع، وإن ضَمِن المشتري نَفَذَ كلُّ بيعٍ حَصَلَ بعد الإكراه؛ لأنّه مَلَكَه بالضَّمان، والمَضمونات تُملك بأداء الضَّمان مُستنداً إلى وقتِ القَبْضِ عندنا على ما عُرفَ.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

شيءَ عليه إن لم يَدْخُل بها؛ لأنّ الفرقةَ جاءت من قبلها، حيث لم تَرْضَ بالمُسمَّى.

وإن دَخَلَ به،ا وهي مكرهةٌ، فلها مهرُ مثلِها حيث لم ترضَ بالمُسمَّى، وإن كانت طائعةً، فهو رضى بالمُسمَّى، ويَبْقَى الاعتراض للأَولياء عند أبي حنيفة رضي الله عنه على ما عُرف.

قال: **(فإن أُكره على شُرْب الخَمر أو أكل الميتة أو على الكُفْر أو إتلافِ مال مسلمٍ أو ذميٍّ بالحبس أو الضَّرْب، فليس بمُكْرَهٍ)**.

والأصلُ في هذا أنّ شربَ الخَمر وأكلَ الميتة ومالَ الغير مباحٌ في حالة المخمصة، وهو خوفُ فوت النَّفس، قال الله تعالى: {فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ} [البقرة: ١٧٣]، فإذا أُكره على ذلك بالضَّرب والحَبْس لا يسعه ذلك؛ لأنّه ليس في معناه، وإذا لم يُبَح بهذا النَّوع من الإكراه لا يُباح الكُفْر؛ لأنّه أعظمُ جريمةً، وأشدُّ حرمةً، وأقبح من هذه الأشياء؛ لأنّ حرمتَها بالسَّمع، وحرمةَ الكفر به وبالعَقل.

(وإن أكرهه بإتلافِ نفسِهِ وَسِعَه أن يَفْعَلَ).

أمّا شربُ الخَمْر وأكلُ الخنزير والميتة؛ فلما تلونا من النصّ.

ووجهه: أنّ حالةَ الضَّرورة صارت مُستثناةً من الحرمة، فكانت الميتةُ والخمرُ حالةَ الضّرورة كالخبزِ والماءِ في غيرِ حالةِ الضَّرورة، فلو لم يفعل حتى قُتِل، وهو يعلمُ بالإباحة أثم كما في حالة المَخمصة؛ ولأنّ الحرمة لما زالت

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

وفيه دليل الكتاب والسُّنة، وهو قوله ﷺ: «إن عادوا فعد»، والأثر فعل عمار رضي الله عنه.

(وإن صَبَرَ حتى قُتِل كان مأجوراً)، وهو العزيمةُ، فإن خُبيب بن عَدي الأنصاري رضي الله عنه صَبَرَ حتى قُتل، وسمّاه رسول الله ﷺ «سيد الشَّهداء»(١)، وقال: «هو رفيقي في الجنَّة»، ولأنّه بذلَ مُهْجتَه وجادَ بروحِه تعظيماً لله تعالى وإعلاءً لكلمتِهِ؛ لئلا يأتي بكلمةِ الكفر، فكان شهيداً كمَن بارزَ بين الصَّفين مع علمِه أنّه يُقتل، فإنّه يكون شَهيداً.

ومن هذا القَبيل سَبُّ النَّبيّ ﷺ، وترك الصَّلوات الخَمْس، وكلُّ ما ثَبَتَت فرضيَّتُه بالكتاب.

ولو أُكره الذِّميُّ على الإسلامِ صحَّ إسلامُه، كما لو قُوتل الحربيُّ على الإسلام فأَسْلَم، فإنّه يَصِحُّ بالإجماع، قال الله تعالى: {وَلَهُ أَسْلَمَ مَن فِي السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ طَوْعًا وَكَرْهًا}[آل عمران: ٨٣]، سَمَّي المُكْرَه على

---

(١) فعن أبي هريرة رضي الله عنه في قصة قتل خُبيب رضي الله عنه: «فقتله ابن الحارث، فكان خبيب هو سَنَّ الركعتين لكل امرئ مسلم قُتِل صبراً، فاستجاب الله لعاصم بن ثابت يوم أصيب، فأخبر النبي ﷺ أصحابه خبرهم، وما أُصيبوا، وبعث ناس من كفار قريش إلى عاصم حين حدثوا أنه قُتِل، ليؤتوا بشيء منه يَعْرف، وكان قد قَتَلَ رجلاً من عظمائهم يوم بدر، فبعث على عاصم مثل الظُّلة من الدَّبْر، فحمتْه من رسولهم، فلم يقدروا على أن يقطع من لحمه شيئاً» في صحيح البخاري٤: ٦٧، وأمّا قوله: وسماه سيد الشهداء، وكذا قوله: هو رفيقي بالجنة، فقال المخرجون: لم نره، كما في الإخبار٢: ٢٢٩.

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

ولهما: ما تَقَدَّم أنّه آلةٌ فيما يَصْلُحُ، والقتلُ يَصْلُحُ بأن يلقيَه عليه، وصار كمَن أَكره مجوسيّاً على ذبح شاةِ مسلم، فالفِعل يَنْتَقِلُ إلى المكرِه في الإتلاف حتى يجبَ عليه الضَّمان، ولا يَنْتَقِلُ الحكمُ حتى لا يحلّ أكلُها.

قال: **(وإن أُكره على الرِّدَّة لم تبن امرأتُه منه)**؛ لأنّ البينونةَ تبتني على الرِّدَّة والرِّدَّة غيرُ مُتَحقِّقةٌ؛ لاحتمال عدم اعتقادِ الكفر، بل هو الظَّاهرُ عند الإكراه.

ولو اختلفا فالقول قولُه في عدمِ الاعتقاد؛ لأنّه لا يُعرف إلا من جهتِهِ.

قال: **(ومَن أُكره على الزِّنا لا حَدّ عليه)**؛ لوجودِ الشُّبهةِ ويأثم بالفعل، ولو صَبَرَ كان مأجوراً كالقَتْل؛ لأنّ الزِّنا لا يُباح بوجهٍ ما.

وقال أبو حنيفة ﷺ أوَّلاً، وهو قول زُفر ﷺ: يُحدّ؛ لأنّ انتشارَ الآلة دليلُ الطَّواعيّة.

قلنا: وقد يكون طَبْعاً والشُّبهة موجودةٌ.

ولو أُكرهت المرأةُ وَسِعَها ذلك ولا تأثم[1]، نصَّ عليه محمّد ﷺ؛ لأنّ الفاعل الرَّجل دونها؛ لأنّ الإيلاجَ فعلُه فلم يتحقَّق الزِّنا منها، لكن تمكينها وسيلةٌ إلى فعلِه، فيُباح عند الضَّرورة.

---

(١) في المبسوط٢٤: ١٣٨: «ولو أكرهت المرأة على الزِّنا بحبس، أو قيد درئ عنها الحدّ؛ لأنها لو أكرهت على ذلك بالقتل يسعها التمكين، ولا تأثم فيه، فإذا أُكرهت عليه بالحَبْس يصير شبهةً في إسقاطِ الحدّ عنها بمنزلة شُرْب الخَمر، وإنما فرقنا بين جانب

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

٣٤٠ ـــــــ

Maktaba Tul Ishaat.com

للأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج ـــــــ